

# أحكام الأئمة في الإسلام

دراسة مقارنة

بين

فقه المذاهب السنية والذهب الجعفري والفان

لأستاذ الدكتور

محمد طه سبلي

رئيس قسم الشريعة بجامعة الإسكندرية سابقاً  
ورئيس قسم الشريعة بجامعة بيروت العربية

الطبعة الرابعة

١٤٠٣ هـ - ١٩٨٢ م



الدار الجامعية











# أحكام الأئمة في الإسلام

دراسة مقارنة

بين

فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون



للاستاذ الدكتور

Q. Collection of the Alexandria Library (1984)  
*Bibliothèque d'Alexandrie*

محمد طه سبني

رئيس قسم الشريعة بجامعة الاسكندرية سابقا  
ورئيس قسم الشريعة بجامعة بيروت العربية

الطبعة الرابعة

١٩٨٣ - ١٤٠٣ هـ

الهيئة العامة لمكتبة الاسكندرية	
رقم الكتاب	
رقم التبرع	

الدار الجامعية

للطباعة والنشر  
بيروت ص ٢٢٢



## بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[ والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم  
من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات ]

صدق الله العظيم



## فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
١٩	تقديم الطبعة الاولى
٢١	تقديم الطبعة الجديدة
٢٣	فاتحة الكتاب
٢٧	المقدمة في بيان المراد بالاحوال الشخصية ومرجع القضاء فيها
٣٠	لمحة تاريخية عن مرجع القضاء في الاسلام وتبين احكام الاحوال الشخصية

### القسم الاول في الزواج وآثاره ٤١ - ٤٧٩

#### الباب الاول : في الزواج ومقدماته ٤٣ - ٩٠

##### الفصل الاول في التعريف به وشرعيته وحكمة مشروعيته وصفته الشرعية ٤٥

٤٨	شرعية الزواج
٥٣	حكمة مشروعيه او الفاية من تشريعه
٦٠	حكم الزواج او صفته الشرعية

##### الفصل الثاني في مقدمات العقد ٦٧

٦٧	تمهيد في تعريف الخطبة
٦٧	المبحث الاول : في النظر الى المخطوبة
٧١	المبحث الثاني : في من تباح خطبتها
٧٦	المبحث الثالث : في الخطبة على الخطبة

الصفحة	الموضوع
٧٨	ان هذه الخطبة في العقد المترتب عليها
٧٩	هل للخطبة إجراءات مرسومة
٨٢	<b>المبحث الرابع : في العدول عن الخطبة</b>
٨٢	ان العدول عن الخطبة
٨٤	ما يجري عليه العمل في مصر ولبنان
٨٥	الاختلاف فيما قدمه الخاطب لمخطوبته
٨٦	الضرر المترتب على العدول عن الخطبة

### **الباب الثاني : في اركان العقد وشروطه وطرق إنباته وأنواعه**

٩١ - ١٧٨

٩٣	تمهيد في بيان معنى الركن والشرط
٩٧	<b>الفصل الأول في اركان الزواج</b>
٩٧	<b>المبحث الأول : في صيغة العقد والفاظها</b>
١٠٢	هل يشترط في صيغة الزواج أن تكون باللغة العربية
١٠٤	<b>المبحث الثاني : في انعقاد الزواج بغير الكلام</b>
١٠٤	الكتابة
١٠٦	إرسال الرسول
١٠٦	الإقرار بالزواج
١٠٧	هل ينعقد بواسطة الهاتف
١٠٨	<b>المبحث الثالث في انعقاده بعبارة واحدة</b>

### **الفصل الثاني : في شروط الزواج**

١١٣	<b>المبحث الأول : في شروط الانعقاد</b>
١١٥	<b>المبحث الثاني : في شروط الصحة</b>
١٢٠	آراء الفقهاء في الشهادة في الزواج
١٢٢	شروط الشهود
١٢٧	

الصفحة	الموضوع
١٣٦	المبحث الثالث : فيه شروط النفاذ
١٣٧	المبحث الرابع . في شروط الزوم
١٤٣	الفصل الثالث في طرق إثبات الزواج وتزويج الصغار
١٤٣	المبحث الأول : في اثبات الزواج
١٤٤	المبحث الثاني : في تزويج الصغار
١٤٤	موقف الفقهاء من تزويج الصغار
١٤٦	موقف القانون في لبنان
١٤٩	موقف القانون في جمهورية مصر العربية
١٤٩	١٣٠ - في إجراء عقد الزواج
١٥١	١٣١ - في سماع دعوى الزوجية
١٥٧	الفصل الرابع : في أنواع الزواج من الاطلاق والتقييد في صيغته
١٥٨	المبحث الأول : في الزواج المعلق والمضاف
١٥٩	المبحث الثاني : في المؤقت
١٦١	المبحث الثالث : في زواج المتعة بين المانعين والمجوزين
١٧٢	المبحث الرابع : في الزواج المقترن بشرط
١٧٣	مذهب الحنفية في الشروط
١٧٦	مذهب الجعفرية
١٧٧	اشتراط الخيار في الزواج
١٧٩ - ٢٦٨	الباب الثالث : في المحرمات من النساء
١٨٣	الفصل الأول في المحرمات على التأييد
١٨٣	المبحث الأول : في المحرمات بالنسب
١٨٦	آراء الفقهاء في تحريم بنت الزنا
١٨٨	المبحث الثاني : في المحرمات بالمصاهرة

## الصفحة

## الموضوع

١٩٣	آراء الفقهاء في تحريم المصاهرة بالزنا
١٩٦	حكمة التحريم بسبب المصاهرة
١٩٧	<b>المبحث الثالث : في المحرمات بالرضاع</b>
١٩٩	الأنواع المحرمة بالرضاع والخلاف فيها
٢٠١	قاعدة يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمستثنيات منها
٢٠٥	الرضاع المحرم
٢٠٦	معنى الرضاع والخلاف فيه
٢٠٧	شروط الرضاع المحرم
٢٠٨	اللبن المخلوط والتحريم به
٢٠٩	المقدار المحرم وآراء الفقهاء فيه
٢١٦	لبن الفحل وموقف الفقهاء فيه
٢١٧	الأخوة بالرضاع وأنواعهم
٢١٨	ما يثبت به الرضاع
٢١٩	الأقرار من الرجل والمرأة
٢٢٠	البينة ومقدارها
٢٢٣	حكمة التحريم بالرضاع
٢٢٥	<b>الفصل الثاني في المحرمات مؤقتا</b>
٢٢٥	<b>المبحث الأول : في زوجة الغير ومعتديه</b>
٢٢٧	حكم الزواج بالزانية
٢٢٩	<b>المبحث الثاني : في الجمع بين محرمين</b>
٢٣٤	الر الجمع بين الأختين ومن في حكمهما
٢٣٦	<b>المبحث الثالث : في المطلقة ثلاثا</b>
٢٣٨	<b>المبحث الرابع : في اللائنة</b>
٢٣٩	<b>المبحث الخامس : في تحريم من لا تدين بدين سماوي</b>
٢٤٢	الزواج بالمجوسية والخلاف فيها
٢٤٤	حكم الكتابية إذا اعتقدت التثليث
٢٤٧	حكمة حل النزوج بالكتابية دون المشركة



الصفحة	الموضوع
٢٥٠	الزواج بالصائبة
٢٥٢	المبحث السادس : في الجمع بين أكثر من أربع
٢٥٤	الجمع المشروع وشروطه
٢٥٦	المراد بالعدل المشروط لإباحة التعدد
٢٥٩	حكمه تشريع تعدد الزوجات
٢٦١	الشبهة التي تثار حول تعدد الزوجات والرد عليها
٢٦٤	خاتمة بحث تعدد الزوجات في جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم
٣٣٤ - ٢٦٩	الباب الرابع : في الولاية والكفاءة والوكالة في الزواج
٢٧١	الفصل الأول في الولاية
٢٧١	التعريف بالولاية
٢٧٣	المبحث الأول : في شروط الولي
٢٧٥	المبحث الثاني : في الولاية ألقاصرة ولم تثبت
٢٧٦	آراء الفقهاء في تولي المرأة الرشيدة عقد الزواج
٢٨٣	عقد زواجها عند الحنفية وموقف الولي منه
٢٨٤	المبحث الثالث : في من تثبت له الولاية المتعدية
٢٩١	غيبه الولي القريب وعضله
٢٩٣	المبحث الرابع : في أنواع الولاية المتعدية وعلى من تثبت
٢٩٤	آراء الفقهاء في ثبوت الولاية الجبرية على البكر الرشيدة والراجع منها
٣٠٠	بم يتحقق الرضا والمراد بالبكر والثيب
٣٠١	آراء الفقهاء في ثبوت الولاية الجبرية على البكر الرشيدة والراجع منها
٣٠٣	ولاية الجبر على الثيب الصغيرة
٣٠٤	من تثبت له ولاية الإيجار
٣٠٥	المبحث الخامس : في أحكام تزويج الأولياء وأثر القانون في الولاية
٣٠٩	الفصل الثاني في الكفاءة في الزواج
٣٠٩	معناها والأمور المعتبرة فيها

الصفحة	الموضوع
٣١٩	المبحث الثاني : في أي الجانبين تعتبر وصاحب الحق فيها ووقت اعتبارها
٣٢٤	السبب الذي تار حول اعباء الكفاءة
٣٢٧	الفصل الثالث في الوكالة في الزواج
٣٢٩	انواع الوكالة من حيث الاطلاق والعيد
٣٣٣	حكم الوكالة
٤٧٧ - ٣٣٥	الباب الخامس : في احكام عقد الزواج
٣٣٧	الفصل الاول في انواع الزواج غير اللازم
٣٣٧	المبحث الاول : في الزواج الباطل
٣٣٩	المبحث الثاني : في الزواج الفاسد
٣٤١	المبحث الثالث في الزواج الموقوف
٣٤٢	المبحث الرابع في الزواج النافذ غير اللازم
٣٤٥	الفصل الثاني في الحقوق غير المالية في الزواج اللازم
٣٤٥	المبحث الاول : في الحقوق المشتركة بين الزوجين
٣٤٧	المبحث الثاني : في حقوق الزوج
٣٥٣	المبحث الثالث : في حقوق الزوجة غير المالية
٣٥٩	الفصل الثالث في المهر
٣٥٩	المبحث الاول في التعريف وسبب وجوبه وعلى من يجب
٣٦٤	المبحث الثاني في مقدار المهر
٣٧٠	المبحث الثالث في انواع المهر
٣٧٠	مهر المثل

الصفحة	الموضوع
٣٧١	الاختلاف في مهر المثل
٣٧٢	الحالات التي يجب فيها مهر المثل
٣٧٥	المهر المسمى ومتى يجب
٣٧٦	تسمية مهر المثل بمنفعة
٣٧٨	الجنع بين المال والمنفعة عند تسمية المهر
٣٨١	ما يجب في العقد الفاسد من المهر
٣٨٣	المبحث الرابع في الزيادة في المهر والحط منه
٣٨٦	المبحث الخامس في تعجيل المهر وتأجيله
٣٩١	المبحث السادس في مؤكدات المهر
٣٩٤	الخلوة والخلاف في كونها كالدخول
٣٩٨	المبحث السابع في الخلوة الصحيحة واحكامها
٣٩٩	الاحكام التي تشترك فيها الخلوة مع الدخول
٤٠١	الاحكام التي يختلفان فيها
٤٠٢	الاختلاف في حصول الخلوة
٤٠٥	المبحث الثامن فيما يتأثر به المهر بعد وجوبه
٤٠٩	مقدار المنعة
٤١٣	المبحث التاسع في ولاية قبض المهر والتصرف فيه
٤١٧	المبحث العاشر في ضمان المهر
٤٢٠	هلاك المهر واستهلاكه
٤٢١	استحقاق المهر للغير
٤٢٢	المبحث الحادي عشر في الاختلاف في المهر وقضاياها
٤٢٨	الاختلاف في وصف القبوض اهو هدية ام من المهر
٤٣٠	المبحث الثاني عشر في الجهاز ومتاع البيت والنزاع فيهما
٤٣٢	الاب وجهاز ابنته
٤٣٤	الاختلاف بين الزوجين في متاع البيت

الصفحة	الموضوع
٤٣٧	الفصل الرابع في النفقة
٤٣٧	المبحث الأول في التعريف بها ووجوبها وشروط استحقاقها
٤٤١	المبحث الثاني في احوال النفقة ( وجوبها وسقوطها )
٤٤١	الحالات التي تجب فيها النفقة
٤٤٢	الاحوال التي لا تجب فيها أو تسقط بمد وجوبها
٤٤٤	نفقات العلاج
٤٥٠	المبحث الثالث في تقدير نفقة الزوجة
٤٥٣	تعديل التقدير للنفقة
٤٥٤	المبحث الرابع في تفصيل انواع النفقة
٤٥٨	المبحث الخامس في امتناع الزوج عن اداء النفقة وما يتطد من اجراءات
٤٦٢	المبحث السادس في نفقة زوجة الغائب
٤٦٥	المبحث السابع في دين النفقة واحكامه
٤٧١	تمجيل النفقة
٤٧٣	الكفالة بالنفقة
٤٧٥	المقاصة بدين النفقة

## القسم الثاني في فرق الزواج ٤٧٩ - ٦٨٨

٤٨١ تمهيد في معنى فرق الزواج وانواعها

### ٤٨٩ - ٥٧٣ الباب الاول في الطلاق

٤٩١ الفصل الاول في التعريف والحكمة وإن يكون حق الطلاق

٤٩٥ حكم الطلاق بمعنى صفته الشرعية

٤٩٧ الفصل الثاني في دكن الطلاق ومن يقع منه ومن يقع عليها وطريقة ايقاعه

الصفحة	الموضوع
٤٩٩	المبحث الأول في ركن الطلاق وبم يتحقق الصريح والكتابة
٥٠١	المبحث الثاني في من يقع منه الطلاق ومن يقع عليها
٥٠٤	من يقع عليها الطلاق
٥٠٦	المبحث الثالث في الطلاق الذي يملكه الزوج
٥٠٧	طريقة إيقاع الطلاق
٥٠٩	المبحث الرابع في الطلاق الثلاث بلفظ واحد
٥١٣	الفصل الثالث في تقسيمات الطلاق
٥١٤	المبحث الأول في تقسيمه الى منجز ومعلق ومضاف
٥١٥	أنواع التعليق
٥١٨	المبحث الثاني في التقسيم الى رجعي وبائن
٥١٩	الفاظ الرجعي والباين
٥٢٣	أحكام الرجعي والباين
٥٢٥	المبحث الثالث في الرجعة
٥٢٦	ما تتحقق به الرجعة
٥٢٨	شروط صحة الرجعة
٥٢٩	اختلاف الزوجين في الرجعة
٥٣١	المبحث الرابع في زواج التطيل
٥٣٥	المبحث الخامس في طلاق المريض مرض الموت
٥٤١	الفصل الرابع في الإنابة في الطلاق
٥٤٣	صيغة التفويض
٥٤٥	الفاظ التفويض
٥٤٩	الفصل الخامس في الطلاق بعوض ( الخلع )
٥٥١	المبحث الأول في التصريف بالخلع وتكييفه الفقهي

الصفحة	الموضوع
٥٥٨	المبحث الثاني في الفرق بين الخلع والطلاق على مال
٥٦٠	المبحث الثالث في شروط لاختلع
٥٦٥	المبحث الرابع في بدل الخلع وشروطه
٥٧١	المبحث الخامس في احكام الخلع
٥٧٥ - ٦١٤	الباب الثاني في التفريق بواسطة القضاء
٥٧٩	الفصل الأول في التفريق لعدم الاتفاق
٥٨٧	الفصل الثاني في التفريق للميب
٥٨٧	آراء الفقهاء في التفريق بالميب
٥٨٨	لن يشت هذا الحق ؟
٥٨٩	الخلاص في عدد الميوب
٥٩٠	نوع التفريق الواقع بالميب
٥٩١	ما يجري عليه العمل في مصر
٥٩٤	النقد الموجه الى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠
٥٩٧	ما يجري عليه العمل في لبنان
٦٠١	الفصل الثالث في التفريق للضرر
٦٠٧	الفصل الرابع في التفريق لفجية الزوج
٦١٣	الفصل الخامس في التفريق لحبس الزوج
٦١٥ - ٦٨٤	الباب الثالث في اللعان والأبلاء والظهار
٦١٧	الفصل الأول في اللعان
٦١٧	المبحث الأول والتعريف به وكيفيته وشروطه
٦٢١	شروط اللعان
٦٢٣	المبحث الثاني في الآثار المترتبة على اللعان

الصفحة	الموضوع
٦٢٧	الفصل الثاني في الأيلاء
٦٢٧	المبحث الأول في التعريف به وركنه والفاظه وشروطه
٦٣٢	المبحث الثاني في حكم الأيلاء
٦٣٧	الفصل الثالث في الظهار
٦٤٥ - ٦٨٨	الباب الرابع في العدة
٦٤٧	الفصل الأول في تعريفها وأسبابها وحكمة مشروعيتها
٦٥٣	الفصل الثاني في أنواع العدة
٦٦٣	الفصل الثالث في تحول العدة من نوع إلى نوع آخر
٦٧١	الفصل الرابع في مبدا العدة وانتهائها
٦٧٩	الفصل الخامس فيما يجب على العدة ويجب لها

## القسم الثالث في حقوق الأولاد والاقارب

٦٨٩ - ٨٨٣

٦٩١	مقدمة
٦٩٣ - ٧٣٤	الباب الأول في النسب
٦٩٥	تمهيد في عناية الإسلام بالنسب وتنظيمه
٦٩٧	الفصل الأول في أقل مدة الحمل وأكثرها وإنبات الولادة
٧٠٣	الفصل الثاني في طرق إثبات النسب
٧٠٣	المبحث الأول في الفرائش
٧٠٤	شروط ثبوت النسب بالفرائش
٧٠٨	ثبوت النسب في الرواج الفاسد
٧٠٩	ثبوت النسب بعد الفرقة بين الزوجين

الصفحة	الموضوع
٧١٤	المبحث الثاني في الأقارار
٧١٥	شروط الأقارار بالنبوة
٧١٩	الأقارار بالأبوة والأمومة وشروطه
٧٢٣	الفرق بين الأقارار بالنبوة والتبني
٧٢٤	المبحث الثاني في البيئة
٧٢٩	الفصل الثالث في اللقيط واحكامه
٧٣٥ - ٧٥٠	الباب الثاني في الرضاع
٧٣٧	الفصل الأول في وجوب الرضاع وطى من يجب
٧٤٥	الفصل الثاني في اجرة الرضاع
٧٥١ - ٧٨٦	الباب الثالث في الحضانة
٧٥٣	الفصل الأول في التعريف بها واصحاب الحق فيها
٧٥٣	الحضانة بين الحق والواجب
٧٥٦	من ثبت له حق الحضانة على الصغير
٧٥٧	ترتيب الحاضنات من النساء
٧٥٩	ترتيب الحاضنين من الرجال
٧٦٣	الفصل الثاني في شروط اهلية الحضانة
٧٦٧	الفصل الثالث في اجرة الحضانة واستحقاقها ومن تجب عليه
٧٦٨	متى تستحق الحاضنة اجرا ؟
٧٦٩	طى من تجب اجرة الحضانة (
٧٧٠	الحضانة بين المتبرعة بها وطالبة الاجر عليها
٧٧٣	الفصل الرابع في مكان الحضانة وانتقال الحاضنة منه
٧٧٧	اثر انتقال الحاضنة الى بلد منعت من الانتقال إليه



## الصفحة

## الموضوع

٧٨١	الفصل الخامس في مدة الحضانة ومصر الصغير بعدها
٧٨١	ابتداء مدة الحضانة
٧٨٥	الصغير والصغيرة بعد انتهاء الحضانة

## الباب الرابع في الولاية

### ٧٨٧ - ٨٣٨ الفصل الأول في الولاية على النفس

٧٨٩	من تثبت له هذه الولاية
٧٩٠	متى تنتهي هذه الولاية
٧٩١	شروط الولي على النفس
٧٩٢	سلب الولاية
٧٩٣	هل يجوز إعادة الولاية المسلوقة
٧٩٦	

### ٧٩٩ الفصل الثاني في الولاية على المال

٧٩٩	الولاية على الصغير
٧٩٩	تصرفات الصغير المميز
٨٠٠	من البلوغ والرشد
٨٠٠	من تثبت له الولاية المالية
٨٠٣	شروط الولي على المال
٨٠٧	سلطة الولي في التصرفات . تصرفات الأب في الفقه
٨٠٩	تصرفات الأب في القانون
٨١٣	تصرفات الجد في ولايته في الفقه
٨١٨	تصرفات الجد في ولايته في القانون
٨١٩	وصي الأب في الفقه والقانون
٨٢٠	شروط الوصي
٨٢١	تخصيص الوصي المختار ببعض التصرفات
٨٢٣	تعدد الأوصياء وتصرفاتهم في الفقه
٨٢٤	تعدد الأوصياء وتصرفاتهم في القانون
٨٢٥	تعيين المشرّف . وعمله
٨٢٦	تصرفات الوصي المختار في الفقه
٨٢٧	

الصفحة	الموضوع
١٢٩	تصرفات وصي القاضي والفرق بينه وبين الوصي المختار
٨٣٠	تصرفات الوصي في القانون
٨٨٣ - ٨٣٩	<b>الباب الخامس في نفقة الأولاد والأقارب</b>
	فصل تمهيدي في تحديد القرابة الموجبة للنفقة ، والاصول
٨٤١	التي يقوم عليها نظام النفقات
٨٤٣	آراء المذاهب في المراد بالقرابة وأدلتهم على ذلك
٨٤٦	الاصول التي يقوم عليها نظام النفقات في الاسلام
٨٥٣	<b>الفصل الأول في نفقة الفروع على الاصول</b>
٨٦٣	<b>الفصل الثاني في نفقة الاصول على الفروع</b>
٨٦٩	<b>الفصل الثالث في نفقة الحواشي</b>
	<b>الفصل الرابع في ترتيب وجوب النفقة عند اجتماع</b>
٨٧٥	<b>نوعين او اكثر</b>
٨٧٥	الحالة الاولى اجتماع الاصول والفروع
٨٧٧	الحالة الثانية اجتماع الاصول والحواشي
٨٨٠	الحالة الثالثة اجتماع الفروع والحواشي
٨٨٢	الحالة الرابعة اجتماع الاصول والفروع والحواشي

## تقديم الطبعة الأولى للكتاب

نحمدك اللهم على نعمائك ، وصلي وسلم على خاتم أنبيائك . وعلى من سبقه من الأنبياء والمرسلين .

وبعد . فقد درست موضوع هذا الكتاب في جامعة بيروت العربية في زيارة سابقة مدة عامين كاملين ، وأخرجت أصوله على هيئة مذكرات لم تكتمل حينذاك ، ومرت بعدها ثلاث سنوات وددت فيها أن يتوفر لي الوقت الكافي لإعادة النظر في تلك المذكرات وإكمالها لأخرجها كتاباً مطبوعاً يأخذ مكانه في مكتبة المراجع الفقهية والقانونية ولكن الشواغل العديدة حالت بيني وبين ما أردت .

واليوم - وقد حازت الفرصة لتحقيق تلك الأمنية - أدعو الله غلصاً أن يمدني بعونه على إتمام ما بدأت ، وأن يعصمني من الزلل . كما أسأله جلّت قدرته أن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه الكريم ، وأن يعم به النفع إنه على ما يشاء قدير وهو حسبنا ونعم الوكيل .

### المؤلف

محمد مصطفى شلبي

بيروت في شوال سنة ١٣٩٣ هـ

نوفمبر « تشرين الثاني » ١٩٧٣ م



بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم الطبعة الجديدة

أحمدك اللهم على جزيل عطائك، وأصلي وأسلم على خاتم أنبيائك، محمد بن عبد الله المبعوث رحمة للعالمين، صلوات الله وسلامه عليه، وعلى آله الأطهار، وصحباؤه الأبرار، ومن سار على دربهم إلى يوم الدين.

وبعد: فقد خرج هذا الكتاب للناس مطبوعاً لأول مرة في عام ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤ م فبلغ بذلك من العمر تسع سنوات كاملة، طبع فيها ثلاث مرات بأعداد كبيرة، علمها عند الله أولاً، ثم الناشر ثانياً، نُفِذَتْ كلها لاقبال المشتغلين بالفقه الإسلامي تدريساً وتطبيقاً. من أساتذة وطلاب، وقضاة ومحامين، ولعلمهم وجدوا فيه مرجعاً علمياً لا غنى لباحث عنه، وهذا ما شجعتني على إعادة طبعه للمرة الرابعة؛ بعد محاولة خاطفة لاعادة النظر فيما سطر فيه لتصحيح خطأ مطبعي، وتوضيح عبارة غامضة، واكمال ما بدا لي في بعض مواضعه من قصور.

وتلك طبيعة الإنسان غير المعصوم من الخطأ، وقديماً قال العلماء: المجتهد يخطئ ويصيب.

وفي هذا يقول إمام دار الهجرة مالك بن أنس رضي الله عنه:  
«كل إنسان يؤخذ من كلامه ويترك إلا صاحب هذه السارية» مشيراً إلى

مثنوى رسول الله ﷺ ، ويقول العماد الأصمهاقي الكاتب المشهور : « اني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً في يوم إلا قال في غده أو بعد غده : لو غُتِر هذا لكان أحسن ، ولو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل ، وهذا من أعظم العُبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر » .

فسبحان من تفرّد بالكمال وحده ، وفي هذا يقول جل شأنه : « والله بكل شيء عليم » البقرة - ٢٨٢ ، وفي آية أخرى يقول جل ثناؤه : « وفوق كل ذي علم » يوسف - ٧٦ .

وجعل النقص من لوازم البشر ، وأصدق دليل على ذلك قوله عز من قائل :  
« وما أوتيتُم من العلم إلا قليلاً » . الاسراء ٨٥

ولا يفوتني هنا أن أقرر في صراحة : إنني عاهدت الله على ألا أذكر في هذا الكتاب ، ولا في غيره إلا ما أقتنع بصحته ، ولا أرجح رأياً إلا إذا اطمأنت نفسي لرجحانه ، ولا أدل على ذلك من أنه حينما صدر القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ في مصر بتعديل بعض أحكام الأحوال الشخصية ، ووجدت في بعض نصوصه ما ليس له أساس في فقه الفقهاء ، أو يخالف شريعة الله لم أدخل هذا التعديل في صلب الكتاب ، بل جعلت له ملحقاً خاصاً به ، وببطلان مفصولاً عنه حتى يعاد النظر فيه ، ويصحح ما به من مخالفات ، وأرجو الله أن يكون قريباً .

وعلى الله قصد السبيل ، وهو حسبنا ونعم الوكيل .

المؤلف

غرة ربيع الأول سنة ١٤٠٣ هـ

بروت في صباح الخميس

١٦ من ديسمبر ( كانون الأول ) سنة ١٩٨٢ م

# بسم الله الرحمن الرحيم

## فاتحة الكتاب

الحمد لله الذي أرسل رسوله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره المشركون .

والصلاة والسلام على خاتم رسل الله المبعوث رحمة للعالمين ، ورضي الله عن أصحاب رسول الله الذين اتبعوه وجاهدوا معه بأموالهم وأنفسهم لإعلاء كلمة الله ، فانتهى بذلك عهد الشرك ورفرفت راية الإسلام على أنحاء الجزيرة العربية كلها . ومنها انطلق إلى الآفاق يقزو القلوب بمدله وسماعته ، فدخل الناس في دين الله أفواجا ، وتكونت للإسلام دولة لم يعرف التاريخ لها مثيلا منذ بدء الخليقة إلى الآن .

وبعد . فإن الإسلام الذي رضي الله للناس ديناً - تشريع كامل تناول كل جوانب الحياة . خالص العقيدة مما اختلط بها من أخلاط الوثنية ، وطهر النفوس مما لوثها من رذائل الجاهلية ، ونظم علاقة الإنسان بخالقه والناس بعضهم ببعض أفراداً وجماعات .

بني هذا التنظيم على أسس سليمة متينة لا تضعف ولا تتزعزع مهما طال الزمن . فيها من المرونة ما يجعله متطوراً بتطور الحياة متجاوباً مع مصالح الناس وحاجاتهم دون أن يوقمهم في حرج أو عنت .

ولما كان من أهدافه الأصلية بناء مجتمع سليم يعيش الناس فيه سعداء غنى بتنظيم الأسرة عناية بالغة لأنها اللبنة الأولى في بناء المجتمع ، فوضع لها نظاماً حكماً إذا سار الناس على هديه استقرت أمورهم وعاشوا في أمان .

ومن تتبع نصوص القرآن والسنة في ذلك يجد الشارع الحكيم رسم الطريق المستقيم لتكوين الأسرة الصالحة ، فبين طريقة اختيار الزوجة وكيفية إنشاء عقد الزواج وطريقة المعاشرة الزوجية ، وأرشد كلاً من الزوجين إلى ماله من حقوق قبل الآخر وما عليه من واجبات ، ولم ينس أنه قد يثور النزاع بينها لسبب أو لآخر فوضع العلاج المتدرج المناسب لكل خلاف ، ثم وضع الطريقة المثلى لإنهاء هذا العقد إذا ما استحکم الخلاف وبادت الحياة الزوجية بالفشل ، وما يترتب على هذا الأنهاء من آثار ، كما بين حقوق الأولاد قبل والديهم صغارا وكبارا ، وما للوالدين عليهم من حقوق . غير أن النصوص المتعلقة بالأسرة على كثرتها لم تفصل كل الأحكام شأن التشريع الاسلامي بوجه عام ، فتدخل الاجتهاد المشروع لاستنباط الأحكام لما يحسد من الأمور .

وللفقهاء طرقهم في الاجتهاد . لكل منهم أصوله وقواعده التي يسير عليها فكان الاختلاف في الاستنباط ، والاختلاف في ذاته ليس عيباً ، بل هو رحمة لهذه الأمة كما ورد عن رسول الله « اختلاف أمتي رحمة » . وإنما العيب في التعصب لتلك الآراء حتى ولو بان خطؤها .

هذا ولما عهد إلى تدريس الشريعة الإسلامية لطلاب الحقوق بجامعة بيروت العربية وكان من مقرراتها الأحوال الشخصية أو حقوق العائلة رأيت أن أضع لهم كتاباً يكفيهم مؤنة البحث في كتب الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة التي يحتاج القارئ فيها إلى مران خاص وتكوين معين .

أسير في بحث مسائله وترتيبها على منهج خاص يتفق ووضع الجامعة ومجموعات الطلاب المنتسبين إليها ، فهم يؤلفون وحدة عربية تكاد تجمع ممثلين لكل بلدان العرب . وفيهم من المسلمين السني والشيعة ، هذا المنهج يتلخص



في عرض المسائل بما فيها من آراء لفقهاء أهل السنة وموقف المذهب الجعفري منها مع بيان سند كل رأى بقدر ما يسمح به الوقت لأخلص منه إلى بيان الراجح من تلك الآراء دون تمصّب لرأى يعينه مها كان قائله .

ثم أتبع كل مسألة بذكر الرأى المعمول به فيما صدر من قوانين في جمهورية مصر العربية وجمهورية لبنان ووجه اختياره للعمل به وما يوجه إليه من نقد إن كان للنقد موضع .

وستكون عنايتي الخاصة بالمذهبي الحنفي والجعفري لما لهما من أهمية في العمل في كثير من البلدان الإسلامية ، فالجعفري يسير عليه الجعفرية أينما وجدوا وبخاصة في لبنان ، والمذهب الحنفي هو مرجع العمل في مصر بوجه عام وبالنسبة للمسلمين السنيين في لبنان وفي سوريا والعراق والأردن فيما لم تصدر به قوانين خاصة فوق أن أكثر أحكام تلك القوانين مأخوذة منه .

وقد رتب الكتاب على مقدمة وثلاثة أقسام :-

أما المقدمة ففي بيان المقصود بكلمة الأحوال الشخصية وما قن منها إلى الآن ، وما يجري عليه العمل في القضاء في مصر ولبنان .

والقسم الأول في عقد الزواج . مقدماته وإنشائه وأركانه وشروطه ومحلّه وآثاره المترتبة عليه .

والقسم الثاني في إنهاء هذا العقد وبيان أنواع الفرق والمدة وغيرها مما يترتب على إنهاء الحياة الزوجية بين الرجل والمرأة من آثار .

والثالث : في حقوق الأولاد باعتبارهم ثمرة من ثمرات الزواج - من نسب ورضاع وحضانة وولاية ونفقة .

ومن الله جلّت قدرته أستمد العون لإتمامه على الوجه الذي يتم به النفع في

بابه ، كما أضرع إليه سبحانه أن يعصمني من الزلل ، وأن يجعله خالصاً لوجهه  
الكريم ليكون ذخراً لصاحبه يوم لا ينفع مال ولا بنون . إنه على كل شيء قدير  
وهو حسبنا ونعم الوكيل .

#### المؤلف

محمد مصطفى شبلي

بيروت في : ٢٧ رجب سنة ١٣٨٨ هـ

١٨ من أكتوبر ( تشرين أول ) ١٩٦٨ م

## المقدمة

في بيان المراد بالأحوال الشخصية ومرجع القضاء فيها

جرى عرف أكثر الفقهاء من أهل السنة على تقسيم أحكام الفقه الاسلامي إلى قسمين رئيسيين . عبادات وهي التي تنظم علاقة الإنسان بربه ، ويقصد بها التقرب إلى الله سبحانه كالحلّة والصيام والحج وغيرها .

ومعاملات أو عادات وهي التي تنظم علاقات الأفراد والجماعات بعضهم مع بعض ، وكانوا يمتنون لكل مجموعة تنظم نوعاً من العلاقات بعنوان يجمعها ككتاب النكاح وكتاب الطلاق وكتاب البيع وكتاب الجنائيات . والوصايا والموارث الخ .. وان كان بعضهم يقسمها إلى أربعة عبادات ومناكحات ومعاملات وعقوبات موجهاً ذلك بأن المسائل الفقهية إما أن تتعلق بأمر الآخرة وهي العبادات ، وأما أن تتعلق بأمر الدنيا وهي تنقسم إلى الثلاثة الباقية .

لأن بقاء العالم منظماً يحتاج إلى قوانين شرعية في أمر الازدواج وهي قسم المناكحات، وفيما به التمدن من التعاون والشاركت وهو قسم المعاملات، ولاستقرار أمر التمدن على هذا المنوال لزم ترتيب أحكام الجزء وهي قسم العقوبات (١) .

كما جرى عرف فقهاء الشيعة ( الجعفرية ) على تقسيم الموضوعات الفقهية إلى أربعة أقسام عبادات وعقود وإيقاعات وأحكام .

---

(١) المجلة المدنية في مادتها الأولى .

لأن المبحوث عنه في الفقه إما أن يتعلق بالأمور الأخروية - أي معاملة المعبود به - أو الدنيوية . فإن كان الأول فهو العبادات ، أما الثاني فاما أن يحتاج إلى صيغة أو لا . فغير المحتاج إلى صيغة هو الأحكام كالديات والميراث والقصاص والأطعمة ، وما يحتاج إلى صيغة فقد يكون من الطرفين أو من طرف واحد ، فإذا كان من طرف واحد سمي بالانقاعات كالطلاق والعق ، وإن كان من طرفين سمي بالعقد ويدخل فيها المعاملات والنكاح <sup>(١)</sup> .

فلم تكن كلمة الأحوال الشخصية ( التي يراد بها مجموعة الأمور التي يتميز بها الإنسان عن غيره والتي تربطه بمائلته ) معروفة عند الفقهاء المسلمين القدامى . وإنما هي اصطلاح قانوني جاء نتيجة تقسيم القانونيين الأحوال المدنية إلى أحوال شخصية وهي ما تتعلق بشخص الإنسان وذاته كالزوجة وتوابعها من الطلاق والعدة والنفقة وغيرها والنسب والميراث ، فإن كون الإنسان أباً أو ابناً أو كونه وارثاً أو محروماً من الميراث صفات شخصية ، وأحوال غيبية . وهي تتعلق بالملاقات المالية <sup>(٢)</sup> .

وقد كان تحديد مضمون الأحوال الشخصية محل خلاف في الفقه والقضاء في مصر إزاء تحديد اختصاص المحاكم الشرعية التي جعل اختصاصها الفصل في قضايا الأحوال الشخصية إلى أن فصلت فيه محكمة النقض في حكمها الصادر في ٢١ يونيو ١٩٣٤ فقضت ( بأن المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثرًا قانونيًا في حياته الاجتماعية . ككون الإنسان ذكراً أو أنثى وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو أباً أو ابناً شرعياً أو كونه تام الأهلية أو ناقصاً

(١) هامش المحضر الناتج في فقه الإمامية في المقدمة طبع وزارة الأوقاف بمصر .

(٢) أصول القانون للدكتور حسن كيده ص ٩٠ وما بعدها حيث يقول : وهامة القانون الخاص هو القانون المدني .. فهو يحكم علاقة الفرد بغيره بما يضع من قواعد الأحوال الشخصية ، وهو يحكم العلاقات المالية بما يضع من قواعد المعاملات أو الأحوال المعينة .

لصغر سنه أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية .

أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية . غير أن المشرع المصري وجد أن الهبة والوصية وكلها من عقود التبرعات تقوم غالباً على فكرة التصديق المتدرب إليه ديانه فألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل الأحوال الشخصية .

وقريب من هذا ما جاء بالمادة (١٣) من قانون تنظيم القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ التي ذكرت بصدد تحديد ولاية المحاكم بشأن مسائل الأحوال الشخصية للأجانب .

ويلاحظ هنا أن التحديد كان بالنسبة للاختصاص القضائي حيث كان النزاع قائماً بين المحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية حينذاك ، والحق أن الأحوال الشخصية كما ينبىء لفظها تحتص بالمسائل المتعلقة بالأشخاص ، وأما المسائل المتعلقة بالمال فهي داخله في دائرة الأحوال العينية . والذي دعا إلى إدخال بعض المسائل المالية في الأحوال الشخصية أمران :

أولهما : تحديد اختصاص كل من المحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية حينذاك .

ثانيهما : إبقاء المسائل التي فيها جانب ديني كالوصية والهبة والوقف أو ترتبط بأمر ديني كالنفقة والمهر وغيرها من اختصاص المحاكم الشرعية والمجالس المالية التي قصر عملها على النظر في الأمور الدينية .

وعلى ذلك تكون مسائل الأحوال الشخصية تتناول مجموعات ثلاث :

١ - المسائل المتعلقة بالحالة والأهلية والولاية على المال .

٢ - المسائل المتعلقة بالأسرة .

### ٣ - المسائل المتعلقة بالوصايا والموارث<sup>(١)</sup> .

وقد كانت المحاكم الشرعية قبل الاحتلال الأجنبي هي التي تحكم في كل المنازعات ، فلما أدخلت القوانين الأجنبية وأنشئت المحاكم الأهلية وغيرها . قصر عمل المحاكم الشرعية على الفصل في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية . ومن هنا دخلت هذه الكلمة في كتب الفقه الإسلامي الحديثة ، فألفت كتب في أحكام الأحوال الشخصية وكانت في أول الأمر شاملة لكل مسائل من زواج وطلاق وما يتعلق بهما ووصية وولاية وسجور على بعض الأشخاص وغيرها .

وبعد ذلك ألفت كتب بهذا العنوان قاصرة على أحكام الزواج والطلاق وحقوق الأولاد . وشاعت هذه التسمية في السنين الأخيرة حتى بعد أن قننت مسائل الموارث والوصايا والولاية وانفردت بؤلفات خاصة .

وأنت ترى مما أن هذه التسمية العامة - مع بقاء الاصطلاح في الأحوال الشخصية - أصبحت غير سليمة إلا إذا قيدت بما يتعلق بالأسرة .

فالأسلم أن تسمى تلك المجموعة من الأحكام بأحكام الأسرة في الإسلام أو بنظام الأسرة في الإسلام ما دامت موضوعاتها كلها متعلقة بالأسرة .

### لمحة عن مرجع القضاء في الإسلام وتقنين أحكام الأحوال الشخصية

كان مرجع القضاء في صدر الإسلام في عهد الخلفاء الراشدين كتاب الله وسنة رسوله ، فإذا لم يجد القاضي الحكم فيها اجتهد رأيه أو استشار الخليفة . وبعد عصر هؤلاء تجمع من فتاوى فقهاء الصحابة مجموعة تناقلها الرواة فكانت بمثابة

---

(١) أصول القانون للدكتور حسن صكيه ص ٣٢٢ .

مصدر آخر يلجأ إليه القاضي إذا لم يجد الحكم في القرآن والسنة من غير أن يكون مازماً بفتوى بعضها إلا بما اتفقوا عليه ، وأما ما اختلفوا فيه فكانت بتخير من آرائهم أقربها إلى كتاب الله وسنة رسوله ، فإن لم يجد اجتهد رأيه .

استمر الأمر على ذلك طوال عهد الأمويين وشطراً من العهد العباسي لم يفكر أحد في تقييد القاضي بالقضاء برأي معين إذا استثنى ما هم به المنصور العباسي من إلزام الناس بالعمل بما في موطأ الإمام مالك الأمر الذي لم يتم لعدم موافقة الإمام مالك نفسه - لأن القضاة كانوا يختارون من المجتهدين فقط - إلى أن تولى أبو يوسف صاحب أبي حنيفة القضاء في بغداد أيام هارون الرشيد ، وارتفعت منزلته حتى أصبح المشرف على أعمال القضاة وصاحب المشورة الأولى لاختيارهم ، فكان يشير بتولية قاض في أنحاء الدولة إلا إذا كان من أتباع أبي حنيفة .

فبدأ الأمر يتحول إلى القضاء بذهب معين وإن كان القضاة أنفسهم من المجتهدين المنتسبين الأمر الذي جعل الراغبين في تولي القضاء ينتقلون من مذاهبهم إلى مذهب أبي حنيفة حتى غدا المذهب الرسمي للدولة العباسية يسير القضاء فيها عليه إذا استثنينا بعض نواحيها كالأندلس ، فإن قضاءها كان بذهب الإمام مالك ، والشام التي كان قضاؤها بذهب فقيها الإمام الأوزاعي فترة من الزمن قبل انقراضه .

بقي الأمر على ذلك إلى أن ضعفت الدولة العباسية فانتقل القضاء من مذهب أبي حنيفة في كثير من الأقطار إلى مذاهب أخرى . فالمذهب الشيعي في بلاد المغرب ومصر والشام إبان قيام دولة الفاطميين فيها . ولما زالت دولتهم بقيام دولة الأيوبيين التي أسسها صلاح الدين الأيوبي حل محل المذهب الشافعي في مصر والشام فترة من الزمن ثم عاد المذهب الحنفي .

ولما قامت دولة المماليك أعادوا القضاء أولاً إلى المذهب الشافعي ثم إلى

المذاهب الأربعة وإن بقيت الرياسة للقاضي الشافعي .

واستمر الأمر كذلك إلى أن وليت الدولة العثمانية حكم مصر والشام وكان المذهب الحنفي مذهبها الرسمي فاسترد مكانته في مصر ، وأصبح المذهب الرسمي في القضاء فيها وإن بقي معه المذهب المالكي والشافعي .

وفي عهد محمد علي تم توحيد القضاء فيها بالمذهب الحنفي فأصبح القضاء في مصر والشام والعراق بهذا المذهب بل في أكثر البلدان الإسلامية .

ولما دخلت القوانين الأجنبية مع المستعمرين أنشئت محاكم أخرى بجانب المحاكم الشرعية زاحمتها فاقترص عملها على الفصل في مسائل الأحوال الشخصية بعد أن كانت تفصل في كل شيء .

وجد الناس نوعين من المحاكم . نوع يقضي بقانون مسطور محدد ، وآخر يقضي بمذهب فقهي تتمدد فيه الآراء في كثير من مسائله ، ومطلوب من القاضي القضاء بالراجح منها ، والوصول إليه تمترسه الصعاب لاختلاف الفقهاء في الترجيح ، فقد يرجح أحدهم رأياً بينما يرجح غيره رأياً آخر وكذلك الكتب مع خلوها من الفصل بالترجيح في بعض المسائل التي كانت موضع حيرة الفقهاء واختلافهم .

لهذا ولما في المذهب الحنفي من مسائل لا تسير المصلحة في كل وقت بينما توجد أحكام في المذاهب الأخرى تحقق المصلحة قامت حركات في البلدان الإسلامية التي تسير على هذا المذهب تطالب بتقنين أحكام الأحوال الشخصية وبخاصة أحكام الأسرة لا يتقيد فيه بمذهب معين .

سبقت مصر غيرها في الاستجابة لتلك الصيحات فألفت لجنة لوضع مشروع قانون لمواضع الشكوى لا تتقيد فيه بمذهب معين ، فأعدت مشروعها في سنة ١٩١٥م ، ثم رأت اللجنة عرض هذا المشروع على العلماء والقضاة ورجال القانون ليليدوا رأيهم فيه فاختلفت اتجاهاتهم ما بين مؤيد ومعارض ، ولكن جانب



المعارضة كان أقوى من الآخر فطوى المشروع ، ولم تستطع الحكومة حينذاك إصداره لظروف الحرب والاحتلال .

وفي هذا الوقت باشرت تركيا وأصدرت قانون حقوق العائلة في المحرم سنة ١٣٣٦ هـ الموافق سنة ١٩١٧ م وهو غير شامل لكل مسائل الأحوال الشخصية بعد أن أصدرت من قبل مجلة الأحكام العدلية التي تعتبر قانوناً مدنياً كاملاً فيه قليل من أحكام الأحوال الشخصية كأحكام العجر والهبة .

وبهذا تكون تركيا الإسلامية سبقت البلاد الإسلامية الأخرى في تقنين أحكام الأسرة .

ويلاحظ على هذا القانون أمران :

أحدهما : أنه لم يكن خاصاً بالمسلمين ، بل كان عاماً لهم وللطوائف الأخرى من المسيحيين والموسويين كل حسب شريعته الخاصة .

وثانيهما : أنه بالنسبة للمسلمين لم يقتصر على مذهب أبي حنيفة ، بل أخذ ببعض أحكامه من المذاهب الثلاثة الأخرى . كمنع زواج المجنون والمجنونة إلا عند الضرورة وهو رأي عند الشافعي وأحمد .

وكاعتبار عقد الزواج صحيحاً والشرط معتبراً إذا اشترطت المرأة في العقد ألا يتزوج عليها وإن تزوج فهي أو المرأة الثانية طالق . وهو من مذهب الحنابلة .

وجواز التفريق بين الزوجين لسوء العشرة وإعطاء المرأة الخيار في فسخ النكاح إذا ظهر في الزوج مرض من الأمراض المزمنة كالجذام والسل والجنون ، والتفريق بين القائب وزوجته إذا مضى على غيبته غيبة منقطعة أربع سنوات في الأحوال العادية وسنة في حالة الحرب .

بل أخذ بغير المذاهب الأربعة في أحكام قليلة . كما في إبطال زواج الصغير

والصغيرة الذي هو رأي عثمان البقي وابن شهرمة، وهو وإن لم يقتصر على مذهب الحنفية إلا أنه أحال على هذا المذهب في المسائل التي لم ينص عليها فيه .

وقد عمل بهذا القانون خارج تركيا في بلاد الشام ( سوريا ولبنان )<sup>(١)</sup> رغم انفصالهما عن الدولة التركية ، وقد استمر العمل به في سوريا إلى أن صدر فيها قانون شامل للأحوال الشخصية في ١٧ سبتمبر سنة ١٩٥٣ وكان قانون العائلة يصدر أ من مصادره .

### في لبنان :

أما لبنان فقد عملت بهذا القانون بعد فترة من الزمن من إصداره ، ولم تقم بوضع قانون شامل للأحوال الشخصية إلى الآن كما فعلت سوريا، ولكنها أدخلت عليه تعديلات ، وجعلته وما أدخل عليه من تعديلات القانون الأساسي وأحالت المسائل التي لم ينص عليها فيه على المذهب الحنفي بالنسبة للمسلمين السنة ، وعلى المذهب الجعفري بالنسبة للشيعة ، وكذلك في المسائل التي يتعارض فيها القانون مع مذهبهم .

وقد وضعت للطائفة الدرزية قانوناً للأحوال الشخصية منفصلاً عن قانون العائلة في سنة ١٩٤٨ ، وأحال المسائل التي لم ينص عليها فيه على المذهب الحنفي .

ومن يطالع هذا القانون يجد بعض أحكامه لا تتفق مع ما هو مقرر في

---

(١) في الأردن عمل به إلى أن صدر قانون العائلة في ٩٢٧ ثم استبدل بقانون آخر صدر في ١٩٥١ وهو مأخوذ من قانون حقوق العائلة والقوانين المصرية الصادرة في ١٩٢٠ و ١٩٢٩ مع بعض تعديلات . وقد نص في هذا القانون على أنه عند عدم النص فيه يرجع إلى أرجح الأقوال في المذهب الحنفي . فلسفة التشريع الإسلامي لمصباحي محمدي ص ١٢٥ .

المذاهب الإسلامية كما في المواد ١٠ ، ١١ ، ١٤ ، ٣٨ ، ٥٠ (١) .

وهو كما يقول الدكتور صبحي محصاني : مأخوذ في بعض أحكامه عن تقاليد هذه الطائفة الخاصة ومعطوف في أحكامه الأخرى على المذهب الحنفي .

ولكل طائفة محاكمها الخاصة . فللمسلمين المسلمين محاكم ، وللبغفرين محاكم أخرى ، وللطائفة الدرزية محاكم مذهبية خاصة تشرف عليها الدولة وتخضع لأصول معينة .

وتطبق المحاكم الشرعية السنية ما يلي :

أولاً : قانون حقوق العائلة والمذهب الحنفي فيما لم يوجد فيه نص تشريعي كما صرح بذلك قانون تنظيم المحاكم الشرعية ( مادة - ١١١ ) (٢) .

ثانياً : أحكام مجلة الأحكام العدلية في الأمور التي تتعلق بالجبر على الصغار والمجانين والمتوهين والسفهاء ومرضى الموت مع ملاحظة ما تعدل من تصرفات الصغير المميز ، وما ألحق بقانون الموجبات والعقود اللبناني ( م ٢١٦٠ ) .

ثالثاً : أحكام نظام الأيتام بخصوص إدارة أموال القاصرين ، وفيه بعض المصوص التي عدلت أحكام المجلة

---

(١) تمنع تعدد الزوجات ، ومنع الرجل من إعادة مطلقة ، وتعين أقصى مدة الحمل بثلاثمائة يوم . ووجوب اقتران الطلاق بحكم القاضي ، وإن شهد الزواج لا يقل عددهم عن الأربعة ، وأن مدة لمدة أربعة أشهر تبدأ من تاريخ الطلاق أو التفريق أو وفاة الزوج .

(٢) كما نصت عليه المادة (١١١) من قانون تنظيم المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم الاشتراعي رقم ٢٤١ المؤرخ في ٤ تشرين الثاني سنة ١٩٤٢ . المعدل بقانون ١ كانون الأول ١٩٤٦ فقد أوجبت العمل في المحاكم السنية بقانون العائلة العثماني وبأرجح الآراء من مناهب أبي حنيفة . وفي المحاكم الجعفرية بالمذهب الجعفري وبما يتلاءم وهذا المنصب من قانون العائلة . الدكتور المحصاني في فلسفة التشريع الإسلامي ص ١٠٩ .

وأما : بعض قوانين لبنانية خاصة نصت على أمور شرعية تختلف عن أحكام المذهب الحنفي . مثل قانون الأوقاف الذرية الصادر في ١٠ آذار ١٩٤٧ .

خامساً : ماورد في قانون تنظيم المحاكم الشرعية من أحكام شرعية مأخوذة عن المذاهب الإسلامية المختلفة .

أما المحاكم الجعفرية فتطبق قانون تنظيم المحاكم الشرعية وأحكام المذهب الجعفري وما يتلام مع هذا المذهب من قانون المائدة (١) .

ولعل السبب في هذه التفرقة بين ما يجب العمل به في المحاكم السنية وما يجب العمل به في المحاكم الجعفرية بالنسبة لقانون المائدة هو أن هذا القانون مأخوذ من مذهب الشيعة ومن المذاهب السنية الأخرى وبعض أحكامه تختلف مع المذهب الجعفري ، ولا يعقل أن تلزم طائفة بالعمل بما يخالف مذهبها الأصلي .

أما قانون تنظيم المحاكم الشرعية فهو قانون لبناني روعي عند وضع ما به من أحكام عدم مخالفتها لهذا المذهب .

أما في جمهورية مصر العربية :

فقد منا أنها اتجهت ، إلى التمدد والتجديد في أوائل القرن العشرين غير متأثرة بغيرها ، فبدأت ، بمشروع الإصلاح الأول في سنة ١٩١٥ . غير أن هذا المشروع لم يقدر له التنفيذ ، لانهاء من اعتراضات وعدم ملائمة الوقت لإصداره .

وبعد فقرة ألغت لجنة أخرى فأخرجت مشروعاً ببعض إصلاحات صدر به القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٢٠م في ثلاث عشرة مادة أخذت أحكامه كلها من مذهب الإمام مالك . وهي تتعلق بالتطبيق لعدم الإنفاق أو لا . . . المنقود والعدة .

---

(١) كما سبق في المادة (١١١) .

وقد عدلت منه ثلاث موا ، ٢ - ٧ - ١٢ ) بالقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ م .

ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٥٦ سنة ١٩٢٣ م في مادتين يمنع من سماح دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة وسن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة وقت العقد ، ولا يجوز لموتقي العقود أن يباشروا عقداً لم يبلغ الزوجان فيه هذه السن .

وقد أدخل على ذلك تعديل بالقانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ فجعل بلوغ هذه السن مشروطة وقت التقاضي لا وقت العقد .

ثم صدر بعد سنوات القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ ببعض التعديلات في أحكام الطلاق والتطليق للضرر والضيقة ولجس الزوج . ودعوى النسب ، وبعض أحكام النفقة والمدة وسن الحضانة والمفقد ، وهو مكون من خمس وعشرين مادة ، وأحكامه مأخوذة من المذاهب الأربعة عدا الطلاق المقترون بالمدة ، والطلاق المطلق فإنه أخذ فيها برأي ابن تيمية وتلميذه ابن القيم .

ثم تبع ذلك أن ألفت لجنة لوضع مشروع قانون للأحوال الشخصية كلها في سنة ١٩٣٦ . فأخرجت اللجنة مشروعات ثلاثة . أولها صدر به القانون رقم ٧٧ سنة ١٩٤٣ في أحكام الموارث .

وثانيها : صدر به القانون رقم ٤٨ سنة ١٩٤٦ بتنظيم بعض أحكام الأوقاف .

وثالثها : صدر به القانون رقم ٧١ سنة ١٩٤٦ بشأن تنظيم أحكام الوصية كلها .

وقد عدلت في هذه القوانين عن مذهب الحنفية إلى المذاهب الأخرى من سنية وشيعية في بعض المسائل ، وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ١٨٠ سنة ١٩٥٢ محل الأوقاف على غير جهات البر وتنظيم إنشاء الوقف الخيري والولاية عليه .

ثم تبع هذا عدة محاولات لتقنين أحكام الأسرة من زواج وطلاق وحقوق الأولاد فوضع مشروعه أكثر من مرة كان آخرها المشروع الشامل للأحوال الشخصية للمسلمين وغيرهم الذي ثار حوله النزاع المتشعب ولم يتقرر مصيره إلى الآن .

## المطبق الآن في جمهورية مصر العربية

### في أحكام الأحوال الشخصية

يطبق الآن في مسائل الوقف والوصية والموارث والولاية القوانين الصادرة فيها على جميع المواطنين لا فرق بين مسلمين وغيرهم .

وأما مسائل الزواج والطلاق وتوابعها فإنها لا تزال خاضعة في مجلتها لأحكام الفقه الإسلامي ( المذهب الحنفي ) فيما عدا المسائل التي عرضت لها القوانين السابقة كما أشار إلى ذلك القانون رقم ٤٦٢ سنة ١١٥٥ الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليية عملاً بالمادة - ٢٨٠ - من القانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ .

وأحكام هذه الشريعة تطبق على المسلمين وغير المسلمين إذا اختلفت ملهم وطوائفهم أو اتحدت ولم تكن لهم محاكم ملية عند صدور قانون إلغائها .

وأما المتجددوا الملة والطائفة وكانت لهم محاكم ملية وقت الإلغاء فإن القانون الواجب التطبيق هو أحكام شريعة المتخصصين في نطاق النظام العام<sup>(١)</sup> .

---

(١) كاتنس عليه المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ في فقرتها الثانية ونصها .

« بالنسبة للنزاعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدي الطائفة =

وإذا اعتنق أحد المتخاصمين الإسلام أثناء نظر الدعوى وجب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية . أما إذا غير أحدهم ديانته أو ملته أثناء نظر الدعوى بأن كان مسيحياً فأصبح يهودياً أو بالعكس أو كان كاثوليكياً فأصبح بروتستانتيّاً أو ارتوذكسياً فإن هذا التغيير لا يؤثر في سير الدعوى ولا على القانون الواجب التطبيق ، فالشريعة الإسلامية هي ذات الاختصاص العام ، أما الشرائع الأخرى فاختصاصها استثنائي ، لأنها لا تطبق إلا عند اتحاد أطراف النزاع في الديانة والملة والطائفة بشرط أن يكونوا تابعين لطائفة كانت لها جهة قضائية ملية منظمة معترف بها من الدولة وقت صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

---

== والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام في نطاق النظام العام طبقاً لشرعيتهم » .  
فهذا النص يمين موضع تطبيق الشرائع غير الإسلامية في نطاق الأحوال الشخصية « أحكام الأسرة » وأنه مشروط بشرطين :  
أولهما : أن يكون أطراف النزاع تابعين لطائفة كانت لها جهة قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون .  
ثانيهما : أن يكون أطراف النزاع متبعي الديانة والملة والطائفة .  
فإذا اختلفت الديانة أو انحدت واختلفت الملة أو اتحدت الديانة والملة واختلفت الطائفة طبعت الشريعة الإسلامية باعتبارها للشريعة العامة في مسائل الأحوال الشخصية





# القسم الاول

## في الزواج وآثاره

وفيه خمسة أبواب :

الباب الأول في الزواج ومقدماته .

الباب الثاني في أركان العقد وشروطه وطرق اثباته وأنواعه باعتبار  
التقييد والإطلاق في صيغته .

الباب الثالث في المحرمات من النساء وأسباب تحريمهن .

الباب الرابع في الولاية والكفاءة والوكالة في الزواج .

الباب الخامس في أحكام عقد الزواج المترتبة عليه .



# البَابُ الأوَّلُ

في الزواج ومقدماته

وفيهِ فصلان



## الفصل الأول

في التعريف بالزواج وشرعيته وحكمة مشروعيتها  
وصفته الشرعية

الزواج لفظ عربي موضوع لاقتران أحد الشئيين بالآخر وازدواجهما بعد أن كان كل منهما منفرداً عن الآخر ومنه قوله تعالى ( وإذا النفوس زوجت ) التكوين / ٧ أى يقرن كل واحد بين كانوا يعملون كمنه . فيقرن الصالح مع الصالح ، والفاجر مع الفاجر ، أو قرنت الأرواح بأبدانها عند البعث للأجساد أى ردت إليها ، وقيل قرنت النفوس بأعمالها فصارت لاختصاصها بها كالتزويج<sup>(١)</sup> .

وقوله تعالى ( وزوجناهم بحور عين ) الطور / ١٠ أى قرناهم بين<sup>(٢)</sup> ، وقوله تعالى ( أحشروا الذين ظلموا وأزواجهم<sup>(٣)</sup> ) أى وقرناهم الذين كانوا يجلسون معهم ويشاهدون ظلمهم ولا ينكرونه . أو وقرناهم من الشياطين .

ثم شاع استعماله في اقتران الرجل بالمرأة على وجه مخصوص لتكوين أسرة حتى أصبح عند إطلاقه لا يفهم منه إلا ذلك المعنى بعد أن كان يستعمل في كل اقتران سواء كان بين الرجل والمرأة أو بين غيرهما .

---

(١) تفسير القرطبي ج ١٩ ص ٢٢٩ وما بعدها

(٢) تفسير القرطبي ج ١٧ ص ٩٠ لأنه ليس في كلام العرب تزوجت بأمرأة ، وإنما العرب تقول : تزوجت امرأة وزوجته امرأة .

(٣) الصافات - ٢٢ .

وفي الاصطلاح عرفه الفقهاء بتعريفات كثيرة متقاربة تدور كلها حول الغرض المبدئي منه وهو حل استمتاع الرجل بالمرأة .

فمن قائل : بأنه عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قضاء .

ومن قائل : إنه عقد يفيد حل استمتاع الرجل بامرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي قصداً .

وغير ذلك من التعريفات (١) .

وهذه التعريفات تفيد بظاهرها أن الاستمتاع بالزواج قاصر على الرجل مع أنه ثابت للمرأة أيضاً ، ولعلمهم فعلوا ذلك نظراً لأن الرجل هو الذي يسعى الى الزواج ويطلبه والاستمتاع من جانبه أقوى من جهة اختصاصه بزواجه لا يشاركه فيها أحد . وأما من جانبها فهي تتمتع به بدون اختصاص حيث يحل له التمتع بغيرها في الحد الذي قرره الشارع فالأولى في تعريفه ان يقال :

هو عقد وضعه الشارع ليفيد بطريق الأصالة اختصاص الرجل بالتمتع بامرأة لم يمنع مانع شرعي من العقد عليها وحل استمتاع المرأة به .

فهذا التعريف يفيد أن الزواج يحل استمتاع كل من الزوجين بالآخر متى تم العقد ، وأن الزوج يختص بالتمتع بزوجه فلا يحل لأحد أن يتمتع بها ما دام العقد قائماً ولو حكماً ، أما الزوجة فيحل لها التمتع بزوجه دون أن تختص بذلك التمتع حيث يباح له شرعاً أن يضم إليها ثانية وثالثة ورابعة إن وجد سبب مشروع لذلك .

وقيد بطريق الأصالة في التعريف لإخراج شراء الرجل الأمة للتسري بها .

---

(١) راجع تبين الحقائق ج ٢ ص ٩٤ ، فتح القدير ج ٢ ص ٣٤١ ، وود المختار ج ٢ ص ٣٥٦ .

فإن عقد شراء الأمة لم يوضع شرعاً للتمتع ، وإنما للملك رقبتهما وبأي الاستمتاع بعد ذلك يملك اليمين لا بالزواج .

والفقهاء في تعريفاتهم تلك لم يقصدوا قصر أغراض الزواج على حل التمتع وأنه لم يشرع إلا لذلك ، بل أرادوا تمييزه عن غيره من عقود التملكيات الأخرى التي تقيد ابتداء ملك عين المال كالبيع والهبة والوصية بالأعيان ، أو ملك المنفعة كالإجارة والوصية بالمنافع . بدليل أنهم بينوا أغراضه كلها عند الكلام على سبب مشروعيتها .

ومثل الزواج في هذا المعنى الشرعي لفظ النكاح . فإن القرآن والسنة عبرا عن هذا العقد بها ، بل إن أكثر تعبيرات القرآن عنه كانت بلفظ النكاح .

غير أن الفقهاء مع اتفاقهم على أن لفظ الزواج حقيقة في العقد اختلفوا في لفظ النكاح . هل هو حقيقة - في العقد كذلك أو هو حقيقة في الوطء ( المخالطة الجنسية ) أو هو مشترك فيها . نشأ هذا الاختلاف من الاستعمال اللغوي ، فالعرب استعملوا هذا اللفظ في معان ثلاثة - العقد - المخالطة الجنسية - الضم والتداخل .

فالشافعية يرون أنه حقيقة في العقد مجاز في غيره ، والحنفية يذهبون إلى العكس فيقولون إنه حقيقة في المخالطة الجنسية مجاز في العقد <sup>(١)</sup> .

وكان من أثر ذلك اختلافهم في لفظ النكاح الوارد في النصوص الشرعية . هل هو حقيقة في العقد مجاز في الوطء ، أو الأمر بالعكس . فإذا أطلق في نص من النصوص بدون قرينة تبين المراد منه يراد به العقد عند الشافعية ، والمخالطة الجنسية عند الحنفية .

---

(١) قال الفارسي كما نقله الكمال بن الهمام في فتح القدير : إذا قيل نكح فلانة أو بنت فلان فالمراد به العقد ، وإذا قيل نكح زوجته فالمراد به الوطء .

ويرى ابن تيمية أنه حقيقة في الضم والتداخل وله فردان ضم الألفاظ وتداخلها وهو العقد ، وضم الأجسام وهو المخالطة الجنسية .

وقد ظهرت ثمرة هذا الاختلاف في تفسير بعض النصوص كقوله تعالى  
( ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف ) / النساء / ٢٢ .

ففسر الحنفية ما نكح آباؤكم . بالوطء مطلقاً حلالاً كان أو حراماً ، وعلى ذلك قالوا : إذا زنى الرجل بامرأة حرم على ابنه التزوج منها ، والشافعية فسروها بالمقد . وقرروا أن الزنى لا يوجب حرمة المصاهرة .

### شرعية الزواج :

استخلف الله الإنسان في الأرض بقوله سبحانه : ( إني جاعل في الأرض خليفة ) وجعل منه الزوجين الذكر والأنثى ، وأودع في كل منهما ما يجعله يميل للآخر ليتم ازدواج بينهما ، ويكون من ثمراته التناسل ليبقى النوع الإنساني يعمر الأرض حتى يبلغ الكتاب أجله .

ولكن المولى سبحانه الذي كرم بني آدم لم يتركهم إلى ما تولى عليهم طبيعتهم في أمر الازدواج كبقية المخلوقات الأخرى من الحيوانات والطيور ، بل سن لهم طريقة خاصة تتفق ومنزلتهم بين سائر المخلوقات .

فشرع الزواج الذي يختص فيه الرجل بالأنثى لا يشاركه فيها غيره ليلهم العالم من شر الإباحة التي يترتب عليها التراجع والتنازع بل والتقاتل <sup>أحياناً</sup> ومن طغيان الشهوات التي تجعل من الإنسان حيواناً سفاحاً لا يعرف رباط العائلة ، ولا يفقه معنى الرحمة ، ولا يفتن لمر المودة فيضيع النسل حيث لا رابط يربط الأبناء بأبائهم .

ولم تخل شريعة من الشرائع السماوية من الأذن به بل وتنظيمه من يوم أن أرسل الله الرسل . يقول جل شأنه : ( وهو الذي خلقكم من نفس واحدة وجعل منها زوجها ليسكن إليها فلما نفشاها حملت حملاً خفيفاً فقوت به فلما أثقلت دعوا الله ربهما لئن آتيتنا صالحاً لنكونن من الشاكرين ) / الأعراف / ١٨٩ .



ويقول سبعمائة مخاطباً لرسوله « ولقد أرسلنا رسلاً من قبلك وجعلناهم أزواجاً وذرية » الرعد / ٣٨ .

ولقد تزوج الأنبياء والرسل كلهم ، ولم يذكر المؤرخون من عاش منهم بلا زواج سوي يحيى وعيسى عليهما السلام ، ولم يكن عدم تزوجها لعدم شرعية الزواج في زمنها ، لأن الناس كانوا يتزوجون في عصرهما ، وقد قيل إن سبب عدم زواج عيسى المخطاط أخلاق نساء بني اسرائيل فرغب عنهن للعبادة وأداء الرسالة <sup>(١)</sup> .

والسبب في عدم زواج يحيى أنه لم يكن عنده القدرة على إتيان النساء، لأن الله قال في وصفه ( وسيدا وحصوراً ) والحصور في اللغة هو الذي لا يأتي النساء كأنه محجوم عنهن ، وعلى القول بأن الحصور هو الذي يكف نفسه عن النساء ولا يقربهن مع القدرة، فيمكن أن يعلل سبب امتناعه عنه بتأبته لعيسى لأنه كان في زمنه وأول من آمن به كما قال الله في شأنه ( مصدقاً بكلمة من الله ) أي عيسى على ما عليه أكثر المفسرين <sup>(٢)</sup> .

ولهذا لم تكن الرهبانية - وهي الأعراض عن الزواج - مشروعة في أي دين سماوي ، وإنما هي شيء ابتدعه النصارى في عصر اضطهادهم كما أخبر القرآن عن ذلك في قوله تعالى ( ثم قفينا على آثارهم برسلنا وقفينا بعيسى بن مريم وآتيناه الإنجيل وجعلنا في قلوب الذين اتبعوه رأفة ورحمة ورهبانية ابتدعوها ما كتبناها عليهم إلا ابتغاء رضوان الله فما رعوها حق رعايتها فأتيناهم الذين آمنوا منهم أجرهم وكثير منهم فاسقون ) الحديد / ٢٧ .

---

(١) ويقال إنه سيتزوج إذا نزل الأرض ويولد له . واسع إحياء علوم الدين للفتاوى ج ٤ ص ٩٧ .

(٢) واسع تفسير المنار ج ٣ ص ٢٩٧ . وتفسير القرطبي ج ٤ ص ٧٦ وما بعدهما .  
لأنه أنه ابن خالة عيسى يكبره بثلاث سنين وقيل بستة أشهر .

يقول ابن كثير في تفسيره <sup>(١)</sup> ما ملخصه : إن هذه الرهبانية ابتدعتها  
النصارى والتمسوا بها دون أن يشرعها الله لهم ، وأنا شرع لهم ابتغاء رضوان  
الله ، فإقاموا بما التزموه ، وهذا ذم من وجهين : -

أحدهما : الابتداع في دين الله ما لم يأمر به الله ، والثاني : عدم قيامهم بما  
التزموه مما زعموا أنه قرينة يقرهم إلى الله عز وجل .

وجاء في حديث رسول الله الذي رواه ابن مسعود (أن بني إسرائيل افترقوا  
على ثنتين وسبعين فرقة لم ينج منها إلا ثلاث فرق... وعد منها طائفة لم يكن  
لها قوة قتال الملوك والجبابرة ولا قوة القيام بالقسط فلحقن بالجيال فتباعدت  
وترهبت وهم الذين ذكرهم الله بقوله « ورهبانية ابتدعوها ما كتبناها عليهم » .

أما الأسلام فقد عنى بهذا العقد عناية خاصة ، وأضفى عليه قدسية تجعله  
فريدا بين سائر العقود الأخرى لما يترتب عليه من آثار خطيرة لا تقتصر على  
عاقبته ولا على الأسرة التي توجد بوجوده ، بل يمتد إلى المجتمع فهو أهم علاقة  
ينشئها الإنسان في حياته ، لذلك تولاه الشارع بالرعاية من حين ابتداء التفكير فيه  
إلى أن ينتهي بالموت أو الطلاق . فيبين الطريقة المثلى لاختيار الزوجة وكيفية  
إنشاء العقد ورسم طريقة المعاشرة الزوجية مبينا ما لكل من الزوجين قبل  
الآخر من حقوق وما عليه من واجبات .

ولم ينس أنه قد يطرأ على الحياة الزوجية ما يعكر صفوها من نزاع أو  
شقاق فرسم طريق الإصلاح ، وبين الطريقة التي ينهي بها العقد إذا ما عجز  
الإصلاح وباءت الحياة الزوجية بالفشل وغير ذلك مما يقترب على الانتهاء من آثار  
تتعلق بالزوجين أو بأولادهما .

ومن يتتبع نصوص التشريع في القرآن والسنة يجد هذا العقد قد ظفر بعدد  
كبير منها .

فالقرآن يخبر أولاً بأنه من أكبر النعم التي أنعم الله بها علينا في معرض امتنانه بنعمه والآية فيقول جل شأنه ( والله جعل لكم من أنفسكم أزواجاً وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ) للنحل / ٧٢ .

وفي آية أخرى يمدد آية من آيات قدرته ( ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون ) الروم / ٢١ .

ثم يحل في صراحة ويأمر به في غير آية . يقول سبحانه بعد عدد المحرمات من النساء « وأحل لكم ما وراء ذلكم » النساء / ٢٤ .

ويقول « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة » النساء / ٣ .

ويقول « وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنيهم الله من فضله والله واسع عليم ولستغف الذين لا يجدون نكاحاً حتى يغنيهم الله من فضله » النور ٣٢ - ٣٣ .

فقد خاطب الأولياء بأن يزوجوا من لا زوج له من الرجال والنساء ، لأن الأيامى جمع أيم - وهو من لا زوج له من النساء والرجال ، وإن كان أكثر استعماله في النساء <sup>(١)</sup> .

والرسول ﷺ يرغب فيه بشتى أنواع الترغيب فيقول : فيا روي في الصبيحين « أما أنا فأصوم وأفطر وأقوم وأنام وأكل اللحم وأنزج النساء فمن رغب سنتي فليس مني » <sup>(٢)</sup> . ويقول « يا معشر الشباب من استطاع منكم

---

(١) قال أبو عبيد : يقال رجل أيم وامرأة أيم . وأكثر ما يكون ذلك في النساء وهو كاستمرار في الرجال .

وقال أمية بن الصلت : لله در بني علي أيم منهم وذالك . . تفسير القرطبي ج ١٢ ص ٢٤٠

(٢) تفسير ابن كثير ج ٢ ص ٥١٨ .

الباءة فليتزوج» ويقول : « تزوجوا الولود الودود فأني مكافئ بكم الأمم يوم القيامة » . و يروي لنا مسلم عن عمرو بن العاص أن رسول الله قال « الدنيا متاع وخير متاعها المرأة الصالحة » .

كما يروي أبو داود عن ابن عباس عن رسول الله قال : « ألا أخبركم بخير ما يكنز المرأة الصالحة إذا نظر إليها سرتة وإذا غاب عنها حفظته وإذا أمرها أطاعته » (١) .

وقد بحث رسول الله والعرب يتزوجون بطرق شتى بعضها يتفق ومنهاج العقلاء، وبعضها لا يفعله إلا السفهاء . فألقى قاسده وأقر صميمه .

ولم يقتصر صلوات الله وسلامه عليه على الحض عليه، بل نقر من تركه فأخبر أن العزاب شرار الناس أحياء وأراد لهم أمواتا . روي أبو يعلى في مسنده أن رسول الله قال لعكاف بن وداعة الهلالي : « ألك زوجة يا عكاف ؟ قال : لا قال : ولا جارية ، قال لا ، قال وأنت صحيح موسر ؟ قال : نعم والحمد لله ، قال : فأنت إذا من إخوان الشياطين إما أن تكون من رهبان النصاري فأنت منهم ، وإما أن تكون منا فاصنع كما نصنع ، وإن من سنتنا النكاح . شراركم عزابكم وأراذل مواتكم عزابكم ، ويحك يا عكاف تزوج » فبادر إلى امتثال أمر رسول الله ولم يقم من مجلسه حتى زوجة الرسول « - أراذل جميع رذل وهو اللون الخسيس . المختار .

ويروي الجعفري في كتبهم أن رسول الله قال : « أكثر أهل النار العزاب » (٢)

وقال عمر رضي الله عنه : « لا يمنع من النكاح إلا عجز أو فجور » .

وقال ابن مسعود « لو لم يمت أحد من أجلي إلا عشرة أيام وأعلم أنني أموت في

(١) فتح البدير ج ٢ ص ٣٤٢ .

(٢) كتاب من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٣٤٢ .

آخرها يوما ولي طول النكاح فيهن لتزوجت مخافة الفتنة<sup>(١)</sup> - وفي رواية :  
لأحببت أن أتزوج لكيلا ألقى الله عزبا .

وروي أن معاذ بن جبل ماتت له امرأتان في الطاعون وكان هو أيضا  
مطمعونا فقال : ( زوجوني فإني أكره أن ألقى الله عزبا ) .

وبهذا تدرك مدى استجابة الصحابة لنداء رسول الله وإرشاداته .

### حكمة مشروعية الزواج أو الغاية من تشريعه

كل حكم من أحكام الشريعة الإسلامية شرع لمصلحة . وهي ما يترتب عليه  
من تحقيق منفعة أو دفع مفسدة عن العباد .

ومن يستعرض أحكام الشريعة وجدها كذلك . وقد تحققت الحكمة علينا في  
بعض المشروعات لحكمة يعلوها الحكيم سبحانه وهي - على ما يظهر لي والله أعلم  
- إظهار عجز العباد وقصور علمهم مصداقاً لقوله تعالى ( وما وتيم من العلم إلا  
قليلا ) ، وإبتلاء لعباده ليظهر ما في علم الله من إيمان المؤمن وتسليمه وكفر  
المعاند وتشكيكه<sup>(٢)</sup> .

وللزواج كثير من الحكم منها ما يعود على الزوجين ، ومنها ما يعود على المجتمع .

ومن يتتبع النصوص الواردة بشأنه في القرآن والسنة يستطيع أن يستنبط  
منها بعضها . وقد حاول العلماء عدها تفصيلا فلم يصلوا إلى حصرها .

---

(١) المقتنى لابن قدامة ج ٦ ص ٤٤٦ وأسياء علوم الدين للفرالي .

(٢) يشبه لذلك قوله تعالى ( هو الذي أنزل عليك الكتاب منه آيات محكمات هن أم الكتاب وأخر متشابهات فأما الذين في قلوبهم زيغ فيتبعون ما تشابه منه ابتغاء الفتنة وابتغاء تأويله وما يعلم تأويله إلا الله والرايون في العلم يقولون آمنا به كل من عند ربنا وما يذكر إلا أولوا الألباب . ربنا لا ترجع قلوبنا . إذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهاب ) آل عمران / ٧ - ٨ .

يقول الغزالي في بحث التزويج في الزواج<sup>(١)</sup> وفيه خمس فوائد . الولد - وكسر الشهوة - وتدبير المنزل فانه منوط بالنساء وليس للرجال فيه ما هن - وكثرة المشيرة بالمناسبة والمصاهرة ، فالمرء بنفسه قليل - ووحيد ، ومجاهدة النفس الأمانة بالقيام بين والصبر عليهن . أي النساء .

ويقول الشاطبي في موافقاته<sup>(٢)</sup> في فصل ما يعرف به مقاصد الشارع : النكاح مشروع للتناسل بالقصد الأول ، ويليه طلب السكن والازدواج والتعاون على المصالح الدنيوية والأخروية من الاستمتاع بالحلال والنظر إلى ما خلق الله من المحاسن في النساء ، والتجمل بمنال المرأة أو قيامها عليه وعلى أولاده منها أو من غيرها أو أخوته ، والتحفظ من الوقوع في المحذور من شهوة الفرج ونظر العين والازدياد من الشكر بمزيد النعم من الله على العبد وما أشبه ذلك . فجميع هذا مقصود للشارع من شرع النكاح بالقصد الثاني . وهذه المقاصد إما منصوص عليها أو مشار إليها . ولو تأملنا هذه المقاصد الثانوية نجدها مثبتة ومقوية للمقصد الأصلي ، وعلى هذا يمكن أن يجعل كل ما أشبه ذلك مقصوداً للشارع أيضاً . كما روى عن فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه في نكاح أم كلثوم بنت علي كرم الله وجهه طلباً لشرف النسب ومواصلة أرفع البيوتات .

فإذا وقع الزواج لغير هذه المقاصد مما يناقضها لا يكون مشروعاً كالذي يتزوج امرأة مطلقة ثلاثاً ليحلها لزوجها الأول فانه لم يقصد بهذا الزواج الولد ولا مواصلة المشرة بل قصد قطعها بالطلاق .

فمن هذين التصين نرى أن للزواج فوائد عديدة . نكتفي بتوضيح أهمها . وهي ثلاثة : -

١ - حفظ النوع الإنساني .

---

(١) احياء علوم الدين ج ٤ ص ١٠٢ وما بعدها

(٢) ج ٢ ص ٣٩٦ وما بعدها .

- ٢ - تحقيق الأنس والراحة بين الزوجين فتستقر الحياة ويسعد المجتمع .
- ٣ - تحصين النفس بقضاء الحاجة الجنسية من طريق سليم لا يترتب عليه فساد المجتمع .

**أما الأولى :** فلما كان الغرض من خلق الإنسان أن يكون خليفة الله في أرضه كما قال تعالى عند خلق آدم عليه السلام ( إني جاعل في الأرض خليفة ) لتمتع الأرض . والمآلة لا تكون بفرد واحد منها طال عمره وأوتي من قوة ، فكان لا بد من التوالد ليكثر النوع . والتوالد يتحقق من اجتماع النوعين على أي وجه ، وهذا موجود في كل أنواع الحيوان والطيور . ولكن الله لم يسهل بين الإنسان وغيره من المخلوقات بل فضله وكرمه ( ولقد كرمنا بني آدم ) وتفضيله يقتضي أن يكون تكاثره بطريق أشرف من مجرد الاختلاط ، فشرع لهم الزواج طريقا لاختلاطهم حتى يكون بقاؤهم على أكمل وجوه البقاء .

ولو أبيع لهم الاختلاط على غير هذا الوجه لتنازعوا وتقاتلوا وأصبحت الغلبة للقوة وحدها مع ما فيه من ضياع النسل حيث يخرج إلى الحياة أطفال لا يعرفون لهم آباء ينتسبون إليهم ويميشون في رعائهم . فتنهار عند المجتمع وتقوض أركانه .

وفي الزواج المشروع يختص الرجل بامرأته لا يزاحم فيها غيره فلا تنازع ولا تقاتل ويحدد كل ابن أبا معروفا ينتسب إليه ويقوم بتربيته ويحافظ عليه ويتكون من هؤلاء مجتمع صالح ويبقى النوع الأنساني على أكمل وجه وأحسنه .

من أجل هذا أمر رسول الله بتزويج المرأة الولود فيها رواه أبو داود والنسائي عن معقل بن يسار أن رجلا جاء إلى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله إني أصبت امرأة ذات حسب وجمال وأنها لا تلد فأتزوجها ؟ قال : لا ، ثم أتاه الثانية فنهاه ، ثم أتاه الثالثة فقال : تزوجوا الرود الولود فاني مكاثركم<sup>(١)</sup>

(١) منتقى الاخبار يشرح نيل الاوطار ج ٦ ص ٨٩ .

ومن يتأمل قوله تعالى ( نساءكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم وقدموا لأنفسكم ) البقرة / ٢٢٣ ، يجدها تشير إلى أن الزواج شرع للنسل لأنه أخبر أن النساء موضع حرث الرجال والحرث لا يكون إلا للأنثى . كذلك قوله : وقدموا لأنفسكم .

وإذا كان الزواج قصد به الشارع أولاً تكثير النسل فعلى من يقدم عليه أن يقصد به ذلك ليكون بمثابة تشريع الله ، أما كونه ينتج نسلاً فليس مكلفاً به ، لأنه ليس في مقدوره حيث أنه هبة من الله تابع لأرادته سبحانه كما قال جل شأنه ( الله ملك السموات والأرض يخلق ما يشاء يحب لمن يشاء وإنا لله وحسب لمن يشاء الذكور أو يزوجهم ذكراً وإنا لله ويجعل من يشاء عقيم ) الشورى / ٤٩ - ٥٠ .

وأما الثانية : فقد صرح بها القرآن الكريم يقول جل شأنه « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون » الروم / ٢١ .

فهذه الآية تبين في لأصراحة غاية من غايات الزواج بها يستمر الحياة الزوجية . وهي تكون كل من الزوجين إلى الآخر ، لأنها أصبحت كشيء واحد حكماً يشير إليه قوله تعالى « هن لباس لكم وأنتم لباس لهن » البقرة / ١٥٢ - ومتى سكن كل منهما إلى صاحبه أنس به وكانت المودة والرحمة .

ولا يكون الزواج وسيلة إلى هذه الغاية إلا إذا عرف كل منهما ما لشريكه في الحياة عليه من واجبات ووفى بها وتحدثت العلاقة بينهما على أساس التعاون والمشاركة في بناء مستقبلها دون أن يتحكم أحدهما في الآخر ولهذا أرشد رسول الله ﷺ إلى زواج ذات الدين فيما رواه الجماعة عن أبي هريرة أن رسول الله قال : « تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولعالمها ولدينها فاظفر بذات



الدين تربت يدك<sup>(١)</sup> .

وفيا رواء ابن ماجه عن عبدالله بن عمرو بن العاص قال : قال رسول الله  
« لا تزوجوا النساء الحسنين فعسى حسنهن أن يردن ، ولا تزوجوهن لأموالهن فعسى  
أموالهن أن تطغين ، ولكن تزوجوهن على الدين ، ولأمة خرماء سوداء ذات  
دين أفضل<sup>(٢)</sup> » .

ثم حذر من التطلع إلى الجمال الزائف لأنه قبيح في حقيقته فقال : « إياكم  
وخضراء اللمن ، قالوا : وما خضراء اللمن يا رسول الله ، قال : المرأة الحسناء  
في المنبت السوء »<sup>(٣)</sup> .

والسر في جعله عليه السلام الدين أساس اختيار الزوجة . أن سعادة الأسرة وصلاح  
الجمتع يتوقف إلى حد كبير على حسن الاختيار للزوجة .

فلا ينبغي أن يقوم على منفعة زائلة أو لذة عاجلة . كالمال والحسب والجمال  
لأنها أمور عارضة تزول بعد حين ، وقد تكون سبباً في شقاء عاجل أو بلاء مقيم .

(١) المرجع السابق ص ٩٠ والحسب في الأصل الشرف بالأب ، والأقارب مأخوذ من الحساب  
لأنهم كانوا إذا نفاخروا عدوا منقبهم وما فر أبائهم وقومهم وحسبوا فيحكم لمن زاد عدده  
على غيره .

تربت يدك . كلمة تجري على لسان العرب في مقام المدح والذم ، ولا يراد بها الدعاء على  
المخاطب دائماً . وقد يراد بها الدعاء أيضاً . والمراد هنا أما المدح . أي اطلب ذات الدين أيما  
العائل الذي تحمد عليه لكإل عقلك فيقول الحاسد حسدا : تربت يدك . أو الذم أو الدعاء  
عليه بتقدير أن خالفت هذا الأمر . السندي في شرحه لسنن ابن ماجه ج ١ ص ٥٧٢ .

(٢) لسنن ج ١ ص ٥٧٢ . يردين . أي يوقمن في الهلال بالأعجاب والتكبر . تطغين  
أي توقمن في المعاصي والشرور . خرماء . مقطوعة بمض الأنف ومثقوبة الأذن . أفضل .  
أي من الحرية التي لا دين لها .

(٣) اللمن جمع دمنة وهي ما تدمنه الأبل والنعم بأموالها وأبصارها . أي تلبده في مراضها  
فرما نبت فيها الثبات الحسن للتضير .

أما الدين فإنه يبقى بل يقوى على مر الأيام ، فالزواج القائم عليه يزداد قوة بمرور الزمن ، فحين يضعف الشباب يقوى عنصر الدين فيستمر الحب وتقوم المودة وقلا تقع خيانة زوجية في بيئة دينية .

وأما الثالثة : وهي تحصين النفس بقضاء الحاجة الجنسية من طرئ سلم . لأن من يتزوج تقنع نفسه غالباً ولا تتعدى حدود الله بانتهاك الحرمات . ومن أعرض عنه لجأ إلى طريق معوج واستباح الحرمات وفتح على المجتمع الذي يعيش فيه باباً من أبواب الشر ، فيصبح بذلك عضواً فاسداً فيه . لذلك أمر رسول الله القادر على تكاليفه بالمبادرة إليه . كما أمر المأجور عن القيام بواجباته باتخاذ وقاية له من الوقوع فيما حرمه الله .

وروى الجماعة عن ابن مسعود قال : قال رسول الله ﷺ : « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء » (١) .

وفي حديث آخر يقول : ( من تزوج فقد حفظ نصف دينه فليتق الله في النصف الآخر ) (٢) .

فالزواج عاصم للنفس من ضرور البهيمية ، لأن المتزوج كلما تأقت نفسه للنساء وجد السبيل المباح لقضاء حاجته .

---

(١) الباءة في اللغة الجماع . والمراد بها في الحديث مؤونة الزواج من البهر والنفقة إذ الخطاب للشباب القادرين على الجماع . فلو حمل على حقيقته لم يستقم الكلام ، ولأنه لا يقال للمأجور عنه : عليك بالصوم لأنه غير محتاج إليه . . . والوجاء في اللغة رضي الاثنين رضا شديدا بدون إخراج لتذهب شهوة الجماع وينزل منزلة الحصاة في ذلك . ولما كان الصوم يقطع شهوة الجماع لأنه يضعف الجانب البهيمي ويقوي الجانب الروحي جعل وجاء .

(٢) يقول القرطبي في تفسيره ج ٩ ص ٣٢٧ بعد ذكر الحديث : ويعني ذلك أن التكاح يبع عن الزنى . والمفاد أحد الحاصلتين اللتين ضمن رسول الله صلى الله عليه وسلم عليهما الجنة فقال : من وقاه الله شر التنتين ولج الجنة . ما بين حليه وما بين وجليه « خرجة الموطأ وغيره ..

ومن هنا يقول رسول الله لأصحابه فيما رواه مسلم عن جابر بن عبد الله « إذا أبصر أحدكم امرأة فليأت أهلها فان ذلك يرد ما في نفسه » .

تلك أهم المعاني السامية التي من أجلها شرع الله لعباده الزواج . مع ما فيه من المراتب على تحمل المسؤولية وبعد النفس عن الأنانية ، لأن الرجل بعد الزواج يصبح راعياً في بيته مسؤولاً عن يعيش في ولايته ويؤثر أولاده ومطالبهم على نفسه ومطالبها . ففي الحديث ( كلكم راع وكلهم مسئول عن رعيته . فالأمام راع وهو مسئول عن رعيته ، والرجل راع في أهله وهو مسئول عن رعيته ، والمرأة راعية في بيت زوجها وهي مسئولة عن رعيته ) . . . . الحديث (١) .

فمن أعرض عن الزواج فقد رغب عن أمر كريم يعد - بحق - من مقومات الحياة الاجتماعية ، وفر من تحمل المسؤولية التي خلق الرجال لتحملها . وفوق ذلك يكون من حملة معاول الهدم الذين يهدمون بناء المجتمع الذي يعيشون فيه .

قد يتأمل هؤلاء الممرضون بأننا نشاهد الحياة الزوجية عند بعض الناس جميعاً لا يطاق بكيد فيها كل من الزوجين للآخر ، ويلحق به الأذى ما استطاع . كما أن السبيل إليه أصبحت شائكة بسبب التغالي في المهور من جانب الزوجات ، وما يقابله من المغالاة في المطالب من جهة الأزواج عند تأهيس بيت الزوجية .

ولكننا نقول هؤلاء وهؤلاء : إن تلك المغالاة لا يعرفها الإسلام ولا يقرها ، لأنه لم يكلف الزوجة بشيء نظير مهرها إلا أن تلي طلب زوجها إذا ما طلبها للدخول والانتقال إلى بيته . كما أنه لا يقر التغالي في المهور ، بل أن رسول الله يبحث على التيسير فيها فيقول : « إن أعظم النكاح بركة أبصره مؤنة » رواه أحمد عن عائشة رضي الله عنها ، ويروي مسلم عن أبي هريرة قال : جاء رجل

---

(١) رواه البخاري ومسلم . راجع زاد المسلم فيما اتفق عليه البخاري ومسلم ج ١ ص

إلى النبي ﷺ فقال : إني تزوجت امرأة من الأنصار ، فقال له النبي هل نظرت إليها فإن في عيون الأنصار شيئاً ، قال : قد نظرت إليها ، قال : على كم تزوجتها؟ قال : على أربع أواق فقال له النبي ﷺ : على أربع أواق كأنما ننحتون الفضة من عرصى هذا الجبل » (١) .

ويروي الجعفري في كتبهم أن رسول الله قال : « أفضل نساء أمتي أصبحن وجهها وأقلهن مهراً » (٢) .

وأما المذنبون في زيجاتهم فليس ذلك من نفس الزواج ، وإنما جاء من سوء اختيارهم وساءة استعمال حقوق الزوجية ، ولو أن هؤلاء الأزواج أحسنوا الاختيار ثم عاشوا بالمعروف أو فارقوا بالإحسان لما وجدت شاكية ولا باكية ، ولا سمعت من يلعن الزواج والمتزوجين .

### حكم الزواج أو صفته الشرعية :

لفظ الحكم في اصلاح الفقهاء الشرعيين يطلق على أحد أمرين :

الأول : الوصف الشرعي الذي أعطاه الشارع لفعل المكلف بمعد تعلق الخطاب به كما يقال : البيع حلال ، والربا حرام ، وخطبة الشخص على خطبة أخيه مكروهة تحريماً وغير ذلك .

والثاني : الأثر المترتب على الفعل كما يقال : حكم البيع ثبوت الملك للمشتري في المبيع والبائع في الثمن ، وحكم الزواج . حل استمتاع كل من الزوجين بالأخر على الوجه المشروع .

والكلام هنا في بيان الحكم بالمعنى الأول ، وأما الثاني فسيأتي عند الكلام على أنواع الزواج الصحيح والفاقد والنافذ والموقوف إن شاء الله .

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٤٣ .

(٢) كتاب من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٤٣ .

والزواج لا يأخذ حكماً واحداً في جميع الحالات ، بل يختلف حكمه باختلاف أحوال الناس ، لأن منهم القادر على تكاليفه والماجر عنها ، وفيهم من يحسن المشرة الزوجية ومن لا يحسنها ، كما أن منهم من اعتدل مزاجه فلا يخشى على نفسه الوقوع في الفاحشة ، ومنهم من لا يستطيع ضبط نفسه عنها إذا لم يتزوج ، وتبعاً لهذا الاختلاف يختلف حكمه فتعدد أحكامه .

فتارة يكون مطلوباً طلباً عتماً فيكون فرضاً يثاب فاعله ويعاقب تاركه ، وأخرى يكون مطلوباً طلباً غير عتتم فيكون مندوباً إليه فيثاب على فعله ولا يعاقب على تركه ، وطوراً يكون ممنوعاً بمنعاً باتاً فيكون حراماً يعاقب عليه عقاباً شديداً ، وآناً يكون مكروهاً يعاقب فاعله عقاباً أقل من عقاب الحرام .

والأصل في الإنسان أن يكون معتدلاً . بمعنى أن يكون قادراً على تكاليف الزواج واثقاً من نفسه أنه يؤدي حقوق الزوجة دون جور أو ظلم ولا يخشى على نفسه الوقوع في الفاحشة إذا لم يتزوج .

لذلك جعل الفقهاء حالة الاعتدال هي الأصل في الزواج ، واختلفوا في حكمها على أقوال .

نشأ هذا الاختلاف من اختلاف وجهات النظر في دلالة النصوص الواردة فيه والفرض المقصود منه .

فمن قائل إنه فرض عين على كل قادر نظر الظاهر النصوص الآمرة به التي تفيد الوجوب مثل « فانكحوا ما طاب لكم من النساء » « وأنكحوا الأيامي منكم » « من استطاع الياءة فليزوج » « تزوج يا عكاف » وغيرها ، ولأن أصحاب رسول الله التزموه ولم يتركوه ، ومن تركه منهم كان لعجزه عن تكاليفه كبعض أصحاب الصفة ، وهذا ما ذهب إليه الظاهرية أتباع داود بن علي

الظاهري<sup>(١)</sup> ورواية عن الإمام أحمد<sup>(٢)</sup> ومن قائل إنه فرض كفاية كالجهاد نظراً لأن المقصود الأصلي من الزواج هو بقاء النوع الانساني بالتناسل والتوالد ، ويكفي في تحقق ذلك أن يفعله البعض فاذا تركه أهل بلد كلهم أمثوا ، وهذا يحكى عن بعض فقهاء الحنفية . كما في الكفاية شرح الهداية .

ومن قائل إنه مباح لأنه عقد يقصد به منفعة للعبد . وهي قضاء شهوته ، فيكون مباحاً كالأكل والشرب ، وهو ما ذهب إليه بعض الشافعية .

وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والجعفرية<sup>(٣)</sup> ووافقهم الخبابة في المشهور عندهم وبعض الشافعية<sup>(٤)</sup> إلى أنه سنة مندوب اليه ، لأن القرآن أمر به ، وحض عليه رسول الله في أكثر من حديث وقد قدمنا عدداً منها .

وأن رسول الله أخبر أنه سنته في الحديث المتفق عليه المروي عن أنس بن مالك قال : إن نقرأ من أصحاب رسول الله قال بعضهم لا أتزوج ، وقال بعضهم أصلي ولا أنام ، وقال بعضهم أصوم ولا أفطر . فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال : ما بال أقوام قالوا كذا وكذا لكنني أصوم وأفطر وأصلي وأنام وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني<sup>(٥)</sup> .

والأوامر الواردة فيه مصروفة عن الوجوب بقرائن . فقوله

---

(١) يقول ابن حزم في المحلى ج ٩ ص ٤٤٠ : وفرض على كل قادر على الوطء ان وجسد من أين يتزوج أو يمسى أن يفعل أحدهما ولا بدقان عجز عن ذلك فليكثر الصوم .

(٢) كما يقول ابن قدامة في المغنى ج ٦ ص ٤٤٦ . ثم قال . قال القاضي : ان هذا المروي عن أحمد محمول على ما إذا كان يخشى على نفسه الوقوع في المحذور إذا لم يتزوج .

(٣) جاء في شرائع الإسلام ج ٢ ص ٥ : انه مستحب لمن تأتت نفسه من الرجال والنساء الأحاديث الواردة فيه .

(٤) راجع حاشية القليوبي على منهاج الطالبين ج ٣ ص ٢٠٦ .

(٥) متفق الأخبار بشرح فيل الأوطار ج ٤ ص ٨٥ .

تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ، مسوقة لبيان العدد المحلل من النساء لا لإيجابه . فلو قلنا إنها للإيجاب لزم أن يكون تزوج العدد واجباً ولم يقل به أحد .

وفي الآية الثانية « وأنكحوا الأيامي منكم » ليس الأمر للوجوب بل هو مصروف عنه بقول الرسول : « إن من سنتنا النكاح » ولأنها واردة لبيان أن الفقر لا يصلح مانعاً من التزويج .

ولأن رسول الله لم يؤثر عنه أنه حتم الزواج على كل فرد من القادرين أو توعده بالمقاب على تركه كما هو الشأن في الفرائض الأخرى من الصلاة والزكاة والحج وغيرها .

وأما قصة عكاف فلمه تحقق عنده ما يوجب الزواج عليه . فليس في الأدلة ما يفيد الفرضية .

وأما القول بالإباحة استناداً إلى أنه أمر دينوي يقصد به قضاء الشهوة فيكون التفرغ للمعبادة أفضل منه فقير صحيح ، لأن الزواج ليس مجرد قضاء شهوة ، بل فيه إعفاف النفس عن الفاحشة والقيام بشئون الأولاد وتربيتهم وغير ذلك مما يثاب عليه الشخص فيكون عبادة .

ولأن رسول الله شدد التذكير على من هم بترك التزويج ليتفرغ للمعبادة فقال « من رغب عن سنتي فليس مني » - فيترجح ما ذهب إليه الجمهور من أن مستحب مندوب إليه شرعاً .

وقد يعرض للزواج ما يحمله فرضاً أو واجباً أو حراماً أو مكروهاً .

فيكون فرضاً فيما إذا كان للشخص قادراً على تكاليف الزواج واثقاً من نفسه أن يعدل مع زوجته ولا يلحق بها الضرر ، ويتيقن أنه لو لم يتزوج وقع في الفاحشة ولا يستطيع التحرز عنها بأي وسيلة ، لأن ترك الزنى مفروض عليه

والمانع من وقوعه فيه هو التزوج فيكون وسيلة إلى الفرض . ومن المقرر أن ما لا يتوصل إلى الفرض إلا به يكون فرضاً .

فالزواج في هذه الحالة فرض لا لذاته ، بل لأنه وسيلة إلى ترك الحرام ، فإذا لم يتزوج كان آثماً مستحقاً للعقاب

هذا في حق الرجل . أما المرأة فانه يفرض عليها الزواج إذا عجزت عن اكتساب قوتها وليس لها من ينفق عليها ، وكانت عرضة لمطامع أهل الفساد فيها ولا تستطيع أن تصون نفسها إلا بالزواج .

ويكون واجباً : فيها إذا كان قادراً واثقاً من المدل وخاف الوقوع في الفاحشة إذ لم يتزوج خوفاً لا يصل إلى درجة اليقين ، فإذا لم يتزوج كان آثماً مستحقاً للعقاب لكنه أقل من العقاب في الحالة السابقة (١) .

وقد يكون حراماً ، إذا كان الشخص غير قادر على التكليف أو كان قادراً عليها لكنه يقطع بأنه يظلم زوجته إذا تزوج سواء كان ظمها بالإيذاء أو بعدم القدرة على المحالطة الجنسية . وذلك لأن الظلم حرام فما يكون طريقاً إليه يأخذ حكمه غير أن حرمة لا لذاته (٢) .

وهو يكون مكروهاً : إذا خاف الوقوع في الظلم إن تزوج إما لمعجزة عن الإنفاق أو إساءة العشرة لشذوذ في خلقه أو عدم قدرته على المحالطة الجنسية ، فإذا خاف الوقوع في واحدة من ذلك كره له التزوج كراهة تحريم أو تنزيه حسبما يخشاه من أنواع الظلم .

---

(١) التفرقة بين الفرض والواجب هو اصطلاح الحنفية فالأول ما ثبت بدليل قطعي . والثاني ما ثبت بدليل ظني ، وأما غيرهم فلم يفرقوا بينهما إلا في الحج كما هو مقرر في كتب الفقه والاصول .

(٢) فإذا علمت المرأة أنه غير قادر على المحالطة الجنسية ورضيت بالتزوج به فانه يجوز . وهكذا لو علمت بمعجزة من الانفاق . تبليها ورضيت فانه يجوز لها التزوج بشرط أن تكون رشيدة .



بقيت حالة أخيرة يتعارض فيها ما يحل الزواج فرضاً وما يحمله حراماً .  
وهي ما إذا كان يقطع بالوقوع في الفاحشة إن لم يتزوج كما يقطع بظلم الزوجة  
إن تزوج .

وهذه الحالة يقرر الفقهاء فيها أنه لا يتزوج دفماً للظلم ، لأنه العلاج المتعين  
لذلك لقوله تعالى : ( وليستغف الذين لا يحمدون نكاحاً حتى يغف لهم الله من  
فضله ) ، وليس معنى هذا أنه يباح له الزنى ، بل الزنى حرام لا يباح في حال  
من الأحوال .

وعليه بعد أن يترك الزواج أن يقاوم كلا المحظورين ، فيحارب شهوته بشق  
الوسائل ليتغلب عليها ، ويقوم نفسه ليخلصها من رذيلة ظلم الغير . وما يعجده  
سهلاً عليه يسير على ما يقتضيه ، فإن سهل عليه عاربة الشهوة دون الأخرى  
بقي على كفه عن التزوج ، وإن استعصى عليه عاربة الشهوة ووجد من نفسه  
ميلاً إلى ترك الظلم تزوج .



## الفصل الثاني

### في مقدمات العقد

من النظر والخطبة وما يتعلق بها من أحكام . وفيه مباحث

تمهيد : كل عقد من العقود المهمة تسبقه عادة مقدمات لستوثق العاقد من أنه يحقق رغبته فيقدم عليه وإلا فيعرض عنه ، ولذلك كان التسرع في الارتباط به غالباً يعقبه الندم .

ولما كان الزواج من أخطر العقود لأنه عقد الحياة . فيه من التكاليف والالتزامات ما ليس في غيره وتترتب عليه آثار عديدة . كثبت النسب وحرمة المصاهرة وغير ذلك زادت عناية الشارع به فجعل له مقدمة نظمها وبين أحكامها تسمى بالخطبة ليكون المتزوج على بينة من الطرف الآخر ، ويتحقق لها بهذا العقد الراحة والسعادة البيئية . والخطبة بكسر الخاء هي أن يتقدم الرجل إلى امرأة معينة تحل له شرعاً أو إلى أهلها ليطلب الزواج بها بعد أن توجد عنده الرغبة في زواجها ، فإذا أجيب إلى طلبه تمت الخطبة بينها .

### المبحث الأول في النظر إلى المخطوبة

ولتكون الخطبة محققة غايتها أباح الشارع النظر إلى المخطوبة مع كونها أجنبية يحرم النظر إليها ، بل أمر به ورغب فيه مبيناً الحكمة التي تترتب عليه .

روى البخاري ومسلم وغيرهما عن المغيرة بن شعبة أنه خطب امرأة فقال له النبي ﷺ : « أنظر إليها فإن أحرى أن يؤدم بينكما » أي أجدر وأدعى أن يحصل الوفاق والملاءمة بينكما .

وروى أحمد وابن ماجه عن محمد بن مسلمة قال : « سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إذا ألقى الله عز وجل في قلب امرئ خطبة امرأة فلا بأس أن ينظر إليها » <sup>(١)</sup> وروى أحمد وأبو داود عن جابر قال : « سمعت النبي ﷺ يقول : « إذا خطب أحدكم المرأة فقدّر أن يرى منها ما يدعو إلى نكاحها فليفعل ، .

فهذه الأحاديث وغيرها تبيح النظر <sup>(٢)</sup> ولكنها لم تحدد ما ينظر إليه منها ومن هنا جاء اختلاف الفقهاء في بيانه . فذهب الجمهور منهم إلى أنه يباح له النظر إلى وجهها وكفيها معطين ذلك . بأن هذا القدر كاف في التعرف ، لأن الوجه ينبئ عن جمالها وحالتها النفسية التي تنطبع على تقاسيمه . كما ينبئ الكفان عن حال الجسم من خصوبة أو هزال .

وبعض الحنفية يزيد القدمين ، والحنابلة يزيدون الرقبة .

والجمهور يوافقون الجمهور في قصر النظر على الوجه والكفين في الرواية

---

(١) نيل الاوطار ج ٦ ص ٩٤ .

(٢) وكما يباح للشاغل أن ينظر إلى خطوبته كذلك يباح لها الأخرى النظر إلى من حبيب توافق على خطبته عن رغبة ورضى . نص على ذلك الحنابلة كما في كتاب الفتن ج ٥ ص ٦ مثلهم في ذلك الشافعية ففي حاشية القليوبي ج ٣ ص ٢١٨ «يرى المرأة أن تنظر من الرجل أيضا غير ما ذكر حرة أو أمة فالخاسل . أن لا منها ينظر من الآخر ما عدا عورة الصلاة .

وعدم تعرض الأحاديث لذلك لا يدل على أن الأمر قاصر على الرجل ، بل جاء ذلك من أن المرأة غالبا تكون مستقرة غامر بالنظر إليها ، أما الرجل فهو غامر غير مستقر يستطيع كل أحد أن يراه ويعرف تقاسيمه ووجاهته وقيمه .

المشهوره . وفي رواية عنهم يضيفون الشعر والحاسن والجسد كله من فوق الثياب (١) .

ومن الفقهاء من يتجاوز هذا القدر فيدبح النظر إلى مواضع اللحم كاللترعين والساقين ، لأن الفرض من إباحة النظر هو معرفة حال جسمها على حقيقته . وقد لا يكفي في ذلك رؤية الوجه والكفين (٢) .

هذا وقد بالغ داود الظاهري فأباح النظر إلى جميع البدن . ولمه أخذ بظاهر بعض الأحاديث التي تقول : « أنظر إليها » ... ولكن هذا للظاهر غير مراد لأن بعض الأحاديث الأخرى قيدت النظر بالبعض « أن يرى منها بعض ما يدعوها إلى نكاحها فليفعل » .

ومع ذلك فالأحاديث لم تحدد جزءاً معيناً فكان الاختلاف في فهم المراد منها . وهو بوجه عام أن ينظر إلى ما يحقق مقصوده . فقد روى عبد الرزاق وسعيد بن منصور أن عمر رضي الله عنه كشف عن ساق أم كلثوم بنت علي كرم الله وجهه لما بعثها إليه لينظرها .

وروي عن جابر أنه قال : « خطبت جارية فكنيت أنجباً لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فأتوجتها » .

وإذا لم يمكنه النظر أرسل امرأة يثق فيها تنظر إليها وتخبره بها لها .

### وقت النظر

أما وقت النظر فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه يكون عند الخطبة ، وذهب

---

(١) المختصر للناسخ ص ٩٦ ، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٦ وفيه : « أنه أن يكرر النظر إليها وأن ينظرها قائمة ومائتة » .

(٢) نقل الشوكاني في نيل الأوطار ج ٥ ص ٩٥ هذا القول عن الأوزاعي كما نقل عن داود الظاهري جواز النظر إلى جميع البدن .

آخرون إلى أنه يكون قبلها عندما يعزم على التقدم لخطبتها ؛ لأنه أوفق بحال المرأة ، لأنه إذا نظر إليها قد توافق رغبته ، فيقدم وقد لا تعجبه فيحجم عنها . فإذا نظر إليها عند خطبتها ثم رغب عنها ترك ذلك في نفسها ألماً وحسرة ، أما إذا كان النظر قبل الخطبة وقبل أن تعلم بذلك ولم يجد فيها ما يشجعه على التقدم لخطبتها فإنه لا يترك في نفسها شيئاً . ولعل في قول رسول الله ﷺ : « إذا ألقى الله عز وجل في قلب امرئ خطبة امرأة فلا بأس أن ينظر إليها » ما يؤيد ذلك الرأي .

ونحن نرى أنه لا بأس بأن ينظر إليها قبل الخطبة وبعدها ، لأن النظر إليها قبل الخطبة يدعوه إلى إعلان خطبتها إذا ما صادفت في نفسه قبولا ، والنظر بعدها يؤكد هذه الرغبة بعد إعلانها .

ويحسن أن يكون مع النظر محادثة كل منها للآخر لينكشف له مقدار تفكيرها وعذوبة حديثها بشرط أن يكون مع وجود أحد محارمها كأبيها أو أخيها أو عمها أو خالها حتى لا يكون ذلك ذريعة إلى مفسدة ولا بأس من تكرار ذلك بهذا الشرط .

أما ما وراء ذلك من الخلوة بها والخروج معها ومصاحبتها إلى دور اللهو والمتنزهات فبإذن على تحريره .

ف رسول الله ﷺ يقول - فيما يرويه أحمد عن جابر بن عبد الله - : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلون بامرأة ليس معها ذو محرم منها فإن ثالثهما الشيطان » (١) .

هذا هو الطريق المستقيم الذي رسمه الشارع للتعرف على المخطوبة فأين منه مغالاة بعض الناس في منمهم النظر متملئين بأنهم يحرج حكراتهم ويلحق بهم

(١) متنى الأخبار شرح نيل الأوطار ج ٦ ص ٩٥ .

الأنساء ، وتفريط الآخرين في إباحتهم الاختلاط لا إلى حد زاعمين أن الاختلاط يكشف لكل منها ما عليه الآخر من خلق سيء أو حميد .

فانا نقول للأولين : لو كان في النظر ما تدعون لما أباحه الشارع - على لسان رسوله - وهو العلم الحبير بما فيه مصلحة عباده فيبيحه لهم وما فيه ضررهم فيمنعه ويحذر منه .

ونقول للآخرين: إن هذا الاختلاط - مع ما فيه من مفسد تؤيدها الحوادث العديدة - لا يؤدي إلى ما زعمتم ، لأن كلا من الخاطب والمخطوبة يظهر غالباً بغير حقيقته فيلتزم الحذر حتى لا ينكشف أمره بل يتصنع ما ليس فيه كي يلقي قبولاً عند الطرف الآخر ، وقد قيل في الأمثال « كل خاطب كاذب » حتى إذا ما تم الزواج انكشف القناع وظهر كل منها على حقيقته .

وحوادث التفرير والتضليل التي تقع كل يوم ونشرها الصحف شاهد صدق على ما نقول .

## المبحث الثاني

### في من تجاح خطبتها

إذا كانت الخطبة وسيلة إلى الزواج فيجب ألا تكون المرأة المراد خطبتها محرماً عليه زواجها ، لأن الغاية إذا كانت حراماً كانت الوسيلة كذلك والاشتغال بها حيث لا فائدة فيه .

من أجل ذلك قرر الفقهاء أنه لا تجوز خطبة امرأة محرمة عليه محرماً مؤيداً بسبب النسب أو الرضاع أو المصاهرة . كاخته من النسب أو الرضاع وزوجة الأب أو الأم أو الابن أو بنتها وسائر المحرمات على التأييد . وسيأتي بيانها إن شاء الله .

وقد وضع الفقهاء قاعدة لن تجوز خطبتها فقالوا . إن من يجوز الزواج بها في الحال تجوز خطبتها .

ولما كانت المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها في طريق زوال المانع منها أثناء عدتها تكلم الفقهاء عن حكم خطبتها بشيء من التفصيل .

إن المعتدة من طلاق رجعي لا تجوز خطبتها بالاتفاق ، لأن زوجيتها لا تزال قائمة ، وحق الزوج في مراجعتها قائم ، فله مراجعتها في أي وقت قبل انتهاء عدتها رضيت أم كرهت ، فتكون كالزوجة من كل الوجوه فتحرم خطبتها بأي شكل تصريحا كانت أو تعريضا . لما في ذلك من إيذاء لزوجها أو إثارة للزجاج بينه وبين من خطبها . ولا يجوز ذلك حتى ولو أذن الزوج في تلك الخطبة لأن حق الشارع في المنع قائم فلا يجوز إهداره .

أما المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى <sup>(١)</sup> فالخنفية يذهبون إلى أنه لا تجوز خطبتها . لا تصريحا . ولا تعريضا <sup>(٢)</sup> لأن الطلاق البائن إن قطع

---

(١) الطلاق الرجعي لا يزيل ملك الزوج في الاستمتاع ولا حل الزوجة له فيجوز له مخالفتها جنسيا ويكون ذلك رجعة له عند الخنفية ، والطلاق البائن بينونة صغرى يزيل ملك الزوج في الاستمتاع فلا يجوز له قربانها ولكنه لا يزيل الحل . بمعنى أنه يحل له أن يعقد عليها من جديد ، وأما البائن بينونة كبرى فإنه يزيل الملك والحل معا ، فلا يجوز للطلاق التمتع بطلقة ولا العقد عليها حتى تنكح زوجا غيره .

(٢) الفرق بين التصريح والتعريض . أن التصريح أن يذكر لفظا لا يحتمل معنى غير رغبته في التزوج بهذه المرأة نحو أرغب في الزواج منك ، أو جئت لخطبتك ، أو أطالب الزواج بك . وأما التعريض أو التلميح . فهو أن يذكر لفظا له معنى ظاهر ويحتمل معنى آخر ولكنه لا يقصد به معناه الظاهر كقوله : أنت ثقية صالحة أو مهذبة ، أو أريد التزوج ، أو وردت أنه يتيسر لي امرأة صالحة ، أو إذا انقضت عدتك فاعلميني ، أو يذكر قطعه ومزنته . فقد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على أم سلمة وهي متأبمة من أبي سلمة فقال : لقد علمت أنني رسول الله وخبرته من خلفه وموضعي من قومي وكانت تلك خطبته . وروى الدارقطني عن سكين بنت حنظلة قالت : استأذنني محمد علي بن الحسين ولم =



رباط الزوجية إلا أن بعض آثاره باقية ، وهذا كاف في منع خطبتها لئلا يؤدي ذلك إلى إثارة النزاع بين مطلقها وبين من خطبها .

ومن ناحية أخرى : إن إباحة خطبتها قد يعملها على ارتكاب محظور إذا رغبت في زواج من خطبها - فتقر بانقضاء عدتها في مدة زاعمة أنها حاضت فيها ثلاث حيضات وتصدق في ذلك الأقرار لأنه أمر لا يعلم إلا من جهتها وليس لأحد سلطان عليها . بخلاف المتوفي عنها زوجها فإن جواز التمرض في حقها لا يؤدي إلى هذا المحظور حيث تمتد بوضع الحمل إن كانت حاملا أو بأربعة أشهر وعشرة أيام إن لم تكن حاملا<sup>(١)</sup> .

وأما أصحاب المذاهب الأخرى ومهمهم الجعفرة فقررُوا أنه لا يجوز خطبتها تصريحاً مراعاة لجانب الزوج المطلق ، لأنها معتدة منه ، وقد يثور النزاع بينه وبين من خطبها ، وجوزوا خطبتها بطريق التمرض لانقطاع الزوجية بالطلاق البائن وهو كاف في جواز التمرض الذي لا يثير النزاع بينه وبين مطلقها .

وقد أيد القائلون منهم بالقياس<sup>(٢)</sup> ذلك بقياسها بالمتوفي زوجها حيث جاز التمرض بخطبتها بالنص يحامى انقطاع الزوجية فيها .

---

== تنقض عدتي من مهلت زوجي فقال: عرفت قرابتي من رسول الله وقرابتي من علي وموضعي من العرب « فقلت غفر الله لك يا أبا جعفر إنك رجل يؤخذ منك خطبتي في عدتي ؟ قال : أيا أخبرتك بقرابتي من رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن علي « ذيل الاوطار : ٦٠ ص ٩٣ وانما سميت ذلك تمرضاً لأن الخطبة لا تقوم من عبارته صراحة وانما تقوم من عرضه وجانبه ولذلك لا يفهمها كل أحد .

(١) والسر في جعل عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام . هو أن هذه المدة هي التي يعلم فيها وجود الولد وعدمه ، فإنه يكون أربعين يوماً لطفه ثم أربعين علة ثم أربعين مضقة فهذه أربعة أشهر ثم ينتفي فيه الروح في الدور الرابع فقدر عشرة أيام لتطهر حيالته بالحركة إن كان منه خلل . ابن القيم في اعلام الموقمين ج ٢ ص ٣٨ .

(٢) وهم أصحاب المذاهب الثلاثة السنية . لأن الجعفرة لا يقولون بحجية القياس كما هو مقرر في أصول الفقه .

ولا يخفى أنه قياس مع انفارق ، لأن الزوجية بالوفاة قد انقطعت إلى غير رجعة ، أما في الطلاق البائن فيمكن رجوعها بالمقد عليها في البيونة الصغرى . وهو كاف في الفرق بين الميس والميس عليه . على أن المخطور الذي يتصور في خطبة المعلقة بائنا وهو ادعاء انقضاء العدة قبل وفاتها غير موجود في خطبة المتوفي عنها زوجها ، لأن عدتها إما يوضع الحمل إن كانت حاملاً أو بأربعة أشهر وعشرة أيام إن لم تكن حاملاً وكلاهما لا يمكن فيها الادعاء كذباً .

أما المعتدة عن وفاة زوجها فقد اتفقت كلمة الفقهاء فيها على أنه لا تجوز خطبتها تصريحاً وتجوز خطبتها بطريق التعريض .

يدل لذلك قوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيها فعلن في أنفسهن بالمعروف والله بما تعملون خبير . ولا جناح عليكم فيها عرضتم به من خطبة النساء أو أكنتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سراً إلا أن تقولوا قولاً معروفاً ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله واعلموا أن الله يعلم ما في أنفسكم فاحذروه واعلموا أن الله غفور حلیم » سورة البقرة / ٢٣٤ - ٢٣٥ .

فهذا النص الكريم يبين عدة المتوفي عنها زوجها والأحكام المتصلة بها ورفع الجناح عن التعريض بخطبتها في العدة ، ونهى عن المواعدة بالنكاح « ولكن لا تواعدوهن سراً » وهو الخطبة الصريحة ، ثم نهى عن العقد عليها حتى تنتهي عدتها . والمراد بالنساء هن المتوفي عنهن أزواجهن بدليل سياق الكلام فيقتصر الاستثناء على موضعه (١) .

(١) فالحنفية يعمون هذا الكلام راجعاً إلى المتوفي عنها زوجها لقرنها ، والمجهور يرجعونه إلى كل ما تقدم من المتوفي عنهن أزواجهن والطلقات . وكذلك صح عندهم حديث فاطمة بنت تيس وقد أجاز فيه الرسول التعريض بخطبتها وهي في عدة الطلاق الثلاث . بينما لم يصح هذا الحديث عند الحنفية هذا هو معنى الخلاف بين القريتين .

والنسر في إباحة التعريض . إن الزوجية قد انقطعت بالوفاة ولا أمل في عودتها فليس هنأ زوج يتضرر من هذا التعرض ، وقد يكون في ذلك عزاء لهذه المرأة التي فقدت عائلاً ، فلا ينقطع أملها في الحياة الكريمة في ظل زوج كريم .

وأما منع التصريح فمراعاة لجانب المرأة من ناحية أخرى وهو أحداها على زوجها ، فلو أبيع التصريح لحمل المرأة على التزين وترك الأحداد . على أن الزوج لا يعدم أن يكون له أقارب يلحقهم الأذى بهذا التصريح .

والله في تشريعاته حكم وأسرار لا نستطيع الوقوف عليها كلها بملنا القاصر . وصدق الله إذ يقول : « وما أوتيتم من العلم إلا قليلاً » .

#### أثر تلك الخطبة المحرمة :

عرفنا أن الفقهاء متفقون على تحريم الخطبة في الحالات السابقة لعدم توفر شرط صحتها . وهو كون المرأة من محل له عندها .

فإذا فرض وأقدم شخص على خطبة واحدة ممن كان مرتكباً أمراً محرماً يعاقب عليه في الآخرة ، ولو عقد عليها في المدة كان العقد باطلاً لا نعلم في ذلك خلافاً بين الفقهاء . أما إذا عقد عليها بعد انتهاء عدتها بناء على الخطبة السابقة كان العقد صحيحاً وتزوج عليها آثاره على الأصح عند الجمهور (١)

---

(١) يقول الشوكاني في نيل الأوطار ج ٦ ص ٩٤ : واختلفوا هل محل له بعد ذلك ، فقال مالك والليث والأوزاعي لا يحل نكاحها بعد . وقال الباقر : بل يحل له إذا انقضت المدة أن يتزوجها أن شاء الله .

وقد اختلف الصحابة قبلهم فيها فذهب عمر رضي الله عنه إلى تحريمها عليه تحريماً مؤكداً زجراً ومعاملة له بتقيض مقصوده ، وذهب علي كرم الله وجهه إلى أنها تحرم عليه في المدة فقط ومحل له بعد المدة عملاً بالبراءة الأصلية .

## المبحث الثالث

### في الخطبة على الخطبة

قد تكون المرأة متوفراً فيها شرط صحة الخطبة . وهو كونها من محل له في الحال . غير أنه عرض لها عارض وهو أن غيره سبقه إلى خطبتها . ففي خطبتها اعتداء على المخاطب الأول .

وهذه الخطبة ورد النهي عنها فيما رواه أحمد ومسلم عن عتبة بن عامر أن رسول الله ﷺ قال : « المؤمن أخو المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر » . .

وما رواه البخاري عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : « لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك » وفي رواية « حتى يترك المخاطب قبله أو يأذن له المخاطب » (١) .

فهذه الأحاديث تفيد تحريم الخطبة على الخطبة لظاهر النهي والتعبير بلا محل . وهو ما ذهب إليه جماهير الفقهاء . وإذا كان النهي مسلطاً على الخطبة على خطبة الغير منعاً لما يترتب عليها من إثارة النزاع وهذا يصدق من غير شك على من أجيب خطبته وقبلت رغبته .

أما من رفضت خطبته فلا يشملها النهي ، ومثلها في ذلك ما إذا أذن المخاطب الأول للثاني كما صرح به بعض الأحاديث ، لأننا لو منعنا خطبتها لغير الأول لألحقنا بها الضرر البالغ وهذا ما لا يقصده الشارع .

ولأن الخطبة في هذه الحالة لا تسمى خطبة على خطبة ، لأن المرأة لا تسمى حينئذ مخاطوبة للمخاطب الأول .

---

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ١١ .

أما إذا لم يفصل في الخطبة الأولى برأي لا يقبل ولا يرفض . وهي حالة التردد والسكوت فهل تدخل في ذلك ويكون متبوعاً عنها أم لا ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين :

أولهما : وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة ومالك وغيرهما . أن الخطبة في هذه الحالة ممنوعة ، لأن الأحاديث الثمانية تتناولها حيث أن الأول يسمى خاطباً والمرأة مخطوبة له . وهذا السكوت من جانبها وإن لم يدل على الرضى بالخاطب فهو لا يدل على الرفض ، لاحتمال وجود أصل الرغبة ، والسكوت للتحري عن الخاطب ليتحقق الاطمئنان الكامل والرغبة التامة ، فأباحه الخطبة الثانية في هذه الحالة قد يترتب عليها زوال تلك الرغبة ورفض خطبة الأول وهو نوع اعتداء عليه والله لا يحب المعتدين .

وثانيها : إباحة هذه الخطبة وهو أحد الرأيين عن الشافعي وبعض الشيعة مستندين في ذلك إلى ما رواه أصحاب السنن عن فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها ثلاثاً فلم يجعل لها رسول الله سكنى ولا نفقة وقال لها الرسول : إذا حللت فأذني فأذنته فخطبها معاوية وأبو جهن وأسامة بن زيد ، فقال رسول الله : « أما معاوية فرجل ترب لا مال له ، وأما أبو جهن فرجل ضراب للنساء ، ولكن أسامة ، فقالت بيدهما هكذا أسامة ، فقال لها رسول الله طاعة الله وطاعة رسوله . قالت فتزوجته فاعتبطت » (١) .

قالوا : إن الرسول لم ينكر على واحد من هؤلاء الثلاثة خطبته وإنما أُرشدوا إلى أفضلهم . وهذا الاستدلال يتم لهم لو ثبت أن هؤلاء خطبوا متوالين ، وأن كل واحد منهم كان يعلم بخطبة من سبقه إليها ، وهو لم يثبت بعد ، لاحتمال

---

(١) المراجع السابق ص ٩٢ . رجل ضراب : أي كثير الضرب للنساء ، في رواية أخرى لا يضع عصاه عن عاتقه

أنهم خطبوها في وقت واحد أو على التوالي دون أن يعلم المتأخر بخطبة السابق .

أثر هذه الخطبة في العقد المترتب عليها :

إذا خطب شخص مخطوبة غيره وعقد عليها فهل يكون لهذه الخطبة المنهي عنها أثر في صحة العقد ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال ثلاثة :

١ - ذهب الحنفية والشافعية والجعفرية إلى أنها لا تؤثر في العقد قضاء . على معنى أن القاضي لا يحكم بفسخه وينفذه ، وإنما أثرها ديني فقط . حيث أنه ارتكب أمراً منهيًا عنه فمقابله أخروي ، لأن هذه المخالفة لم تكن في نفس العقد بل في وسيلته وهي لا تؤثر فيه ، لأنها ليست جزءاً من العقد ولا مقدمة لازمة فيه ، فلو عقد شخص عقد الزواج دون أن يتقدم عليه خطبة كان عقده جائزاً شرعاً .

٢ - وذهب داود الظاهري إلى أنها تؤثر فيه ، فيكون العقد فاسداً . يجب فسخه مطلقاً سواء دخل بها أو لم يدخل ، لأن الخطبة المنهي عنها ليست مقصودة لذاتها بل لأجل النافذة منها وهي العقد ، فيكون المنهي مسلطاً على العقد .

ونحن نقول لهم : إن سبب المنهي ما يترتب على المنهي عنه من الفساد ، وهنا يترتب على مجرد الخطبة فساد وهو العلبوان على حق الغير وما يشبه ذلك من من النزاع حتى ولو لم يتم العقد من الثاني ، وإن كان العدوان يتم والنزاع يستحكم بالعقد المترتب على تلك الخطبة ، فيكون المنهي مسلطاً على نفس الخطبة .

٣ - ونذهب المالكية في الرأي المشهور عنهم<sup>(١)</sup> إلى التفصيل بين حالتي الدخول وعدمه ، فيقولون : إن هذه الخطبة تؤثر في العقد قبل الدخول لا بعده . بمعنى أن القاضي إذا علم به قبل الدخول ففسخه ، لأن هذا العقد تعدى ما ندبه الشارع إليه ، وإذا علم به بعد الدخول فلا فسخ ، لأن العقد تأكد بالدخول فلا يجوز فسخه لما يترتب عليه من أضرار .

### هل للخطبة المشروعة اجراءات مرسومة ؟

أذن الإسلام في الخطبة كمقدمة للزواج ، وأمر الخطاطب أن ينظر إلى غطوبته ، ورسم الآداب التي يسير عليها الخطاطبان ولم يجعل لها إجراءات معينة لأنها ليست عقداً بل هي مقدمة له ، غير أنه جعل للعقد إجراء معيناً يختلف فيه عن سائر العقود .

ولهذا تقع الخطبة في البلدان الإسلامية بدون إجراءات معينة إذا استثنينا لبنان وسوريا ، لأنها عملاً بقانون حقوق المائلة الذي أصدرته تركيا سنة ١٩١٧ ووضع فيه إجراءات معينة تتم الخطبة على نهجها نظراً لأنه قانون شامل لأحكام الأسرة للمسلمين وغير المسلمين .

ولما كان الشعب اللبناني يتكون من طوائف متعددة ، ولكل طائفة نظامها الخاص في الزواج ومقدماته . وقد عمل بذلك القانون ولا يزال يعمل إلى الآن وجد عندهم إجراءات معينة تجري عليها الخطبة الفرض منها التثبت من أهلية راغي الزواج وعدم وجود مانع يمنع منه . وهي في مجملها إجراءات

---

(١) ولهم رأيان آخران : أحدهما الصحة كما يقول الجمهور ، وثانيهما الفساد مطلقاً كما يقول دأود كما في حاشية السمرقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢١٧ وفيه أن الفسخ قبل الدخول سواء طلبه الخطاطب الأول أو لا لكن عباراتهم مختلفة في أن الفسخ واجب أو مستحب وهو الصواب .

شكالية لأجل توثيق العقد<sup>(١)</sup> بمعنى أن العقد لا يوثق بدونها لا يؤثر على صحة عقد الزواج إذا لم توجد ، لأن أحكام العقد تتبع شريعة كل طائفة على حدة .  
وأما يظهر أثر ذلك في عدم سماح الدعاوي المتعلقة به أمام القضاء إذا لم يكن موثقاً .

وهذه الإجراءات منصوص عليها في المواد من ١ - ١٤ من الملحق لقانون حقوق العائلة<sup>(٢)</sup> . تتلخص في أنه يمرض أمر مريد الزواج على هيئة مختارة من القرية أو المحلة التي يقطن فيها إذا كانا من قرية أو محلة واحدة لتبحث حالهما ، فإذا لم يكونا من قرية أو محلة واحدة عرض أمر كل منهما على هيئة قريته أو محله لتبحث . وبعد البحث تعطىها تصريحاً بإجراء عقد الزواج .

يذكر فيه اسم الطرفين وشهرتها وأبويها وصنعتها وعملها ومحل إقامتهما .  
ن كان الزواج يحتاج إلى إذن الولي . ولا تغلّك الهيئة الامتناع عن إعطاء لتصريح حتى ولو وجد مانع يمنع أو لم يتوفر إذن الولي ، بل عليها أن تعطي التصريح مع بيان المانع أو عدم إذن الولي .

وتعطى مع التصريح لكل من الطرفين تذكرة شخصية ، وتقدم للمحكمة التي يكون فيها إقامة أحدهما . وعلى المحكمة أن تفحص هذا التصريح والأوراق التي معه فإن رأت نقصاً أعادته إلى مقدمه لإكماله . فإذا ظهر لها من الفحص عدم أهلية أحدهما للزواج أو قام به مانع من الزواج ردت طلب العقد بقرار مبين أسباب الرد ، ويقيد في دفتر أساس المعاملة ويندرج في الضبط .

وإذا وجدت في بيان الهيئة أن الولي غير موافق . وموافقته لازمة لإتمام

---

(١) أو بتبسيط آخر هي إجراءات لإعلان عقد الزواج قبل إجراءاته تطبيقاً للمادة ٣٣ من ذلك القانون ونصها : « يعلن عقد النكاح قبل إجراءاته » .  
(٢) المنون له بنظام للمعاملات الإدارية المتعلقة بقرار حقوق العائلة .



المقد طلب إلى الولي أن يحضر بنفسه أو وكيله ليبين أسباب عدم موافقته أمام طالبي الزواج ، ثم تبحث اعتراضات الولي والرد عليها. وتثبت ذلك في محضر، ثم تصدر قرارها في ذلك بقبول اعتراض الولي ورفض توثيق الزواج أو برفض اعتراضه وإمضاء الزواج ، فإذا لم يحضر الولي أو حضر ولم يبد أسباباً لاعتراضه رفض اعتراضه .

وإذا وجدت المحكمة أن الأوراق كاملة ولا يوجد مانع من الزواج بحثت عن سنهما في إدارة النفوس ، فإذا ثبتت صحة الأوراق وما بها من بيانات أعلنت أنه سيتم إجراء عقد الزواج ، وإن من له اعتراض عليه يبينه للمحكمة في مدة لا تزيد على عشرة أيام تبدأ من يوم الإعلان .

وإذا كان أحد الحاضرين يقيم في غير دائرة هيئة المحكمة تكتب إلى المحكمة التي يقيم في دائرتها ، وتعلق نسخة من الإعلان في ديوان المحكمة ، ونسخة أخرى في محل اجتماع الناس .

وإذا رأت المحكمة أن من الضروري نشر صيغة من هذا الإعلان في الجريدة نشرته واحتفظت بنسخة من الجريدة في الملف .

وإذا ألصق الإعلان يثبت تاريخ الإلصاق ويوقع على محضر الإلصاق الحاضرون في وقته ويحفظ المحضر في الملف ، وإذا أصدرت المحكمة قرارها يجوز عقد الزواج منعت الإذن باستماع صيغة المقد ، وعينت نائباً عنها يحضر المقد ، وينص في وثيقة المقد أسماء العاقدين وشهرتهما ووالديهما وصنعتهما ومحل إقامتهما ودينهما وتابعتهما وأسماء الشهود وشهرتهم وشهرة المرفين والوكلاء إذا أجرى المقد بالوكالة وشهود الوكالة وصناعتهم ومحل إقامتهم ومقدار المهر المسمى والشروط المبينة في المقد .

## المبحث الرابع

### في العدول عن الخطبة وما يترتب عليه

إذا تمت الخطبة سواء صحبها قراءة الفاتحة كما يفعله كثير من الناس أو لم يصحبها ذلك لا يخرج عن كونها وعداً بالزواج والوعد ليس عقداً فلا يكون ملزماً كالعقد ، فيصح لكل من الطرفين أن يعدل عنها بفسخها ، لأننا لو قلنا بالزامها لمحلنا الحاطبين على ما لا يريدانه . وفي هذا من الضرر ما لا يخفى .

قد يقال : أليس خلف الوعد من الرذائل المنهى عنها ؟ قلنا نعم ما لم يترتب على الوفاء به ضرر بين ، ولهذا ينبغي ألا يقدم أحد الحاطبين على فسخ الخطبة إلا لسبب واضح يجعل الحياة الزوجية مضطربة غير مستقرة .

### أثر العدول عن الخطبة :

إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة أو كلاهما فما الأثر المترتب على ذلك بالنسبة لما قدمه الحاطب من مهر أو هدايا ، ولما لحق أحد الطرفين من أضرار يعرف ذلك بالتفصيل الآتي :

أما بالنسبة لما قدمه الحاطب من مهر أو هدايا فلا خلاف بين الفقهاء في أنه يجب رد ما قدمه من مهر قليلا كان أو كثيراً ، لأن المهر وجب بالعقد فهو حكم من أحكامه وأمر من آثاره ، وما دام الزوج لم يرحل فلا حق لها في أخذ المهر بل هو حق خالص للزوج ، فإن كان قائماً أخذه بعينه ، وإن هلك أو استهلك أخذ مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً .

وأما ما قدمه من هدايا . فالفقهاء متفقون في الجملة على ردها وإن اختلفوا في التفاصيل .

فالشافعية يذهبون إلى وجوب الرد مطلقاً باقية أو غير باقية ، فإن كانت موجودة ردت بيمينها، وإن هلكت أو استهلكت وجب رد مثلها أو قيمتها سواء كان المدلول من قبله أو من قبل المخطوبة أو منها معاً .

والحنفية يذهبون إلى وجوب ردها إن كانت موجودة في يدها من غير زيادة متصلة بها لا يمكن فصلها . فإن هلكت كعقد فقد أو ساعة تكسرت أو استهلك كطعام أكل أو ثوب لبس وبلي ، أو زادت زيادة متصلة لا يمكن فصلها كتماش خيط ثوباً ، أو خرجت عن ملكها بأن تصرف فيها ببيع أو هبة لا يجب ردها في جميع تلك الصور ، لأنهم أعطوا الهدية حكم الهبة ، والهبة يتمتع الرجوع فيها بموانع منها الهلاك والاستهلاك والخروج عن الملك والزيادة المتصلة التي لا يمكن فصلها .

والجعفرية يفصلون بين ما إذا كانت الهدية عند اهدائها مشروطة بالزواج أو لا ، فإن كانت مشروطة بالزواج من المهدى يجب ردها ولو هلكت ، وإن لم تكن مشروطة به فحكمها كالحكم عند الحنفية .

والمالكية في أصل المذهب عندهم لا رجوع بشيء مما أهداه الخاطب ولو كان الرجوع من جهتها ، ولكن الفتوى في المذهب برأي آخر عندهم هو الأقوى كما يقولون يفصلونه على الوجه الآتي :

إن كان هناك عرف أو شرط بالرد وعدمه يعمل به ، وإن لم يكن شرط ولا عرف ، فإن كان المدلول من الخاطب فلا يجوز له الرجوع في شيء من هداياه ، لأنه ألما بعمله عن خطبتها فلا يجمع عليها مع هذا الإيلاء وإيلاء آخر . وإن كان المدلول منها وجب عليها رد ما أخذته يمينه إن كان قائماً أو مثله أو قيمته إن كان هالكاً ، لأنه لا وجه لها في أخذه بعد أن آتته بفسخ خطبته .

ولأن ما قدمه لها لا يمكن اعتباره هبة مطلقة بل هو هبة مقيدة فانه لولا

الخطبة الموصلة للزواج ما قدم لها شيئاً ؟ فإذا لم يتحقق الزواج لم يتحقق الغرض الذي من أجله قدم الهدايا . والعدل يقضي بأن التسبب في منع الزواج هو الذي يتحمل نتيجة عمله .

وقد أخذ هذا الرأي في مشروعات الإصلاح التي وضعت في مصر لكنه لم يتقرر بعد .

ما يجري عليه العمل في مصر ولبنان الآن :

أما مصر فالعمل في القضاء يجري فيها على مذهب أبي حنيفة حيث لم يصدر تشريع يخالف ذلك إلى الآن .

أما في لبنان فقانون حقوق العائلة ينص في مادته الثانية على أنه « بعد تمام الوعد إذا امتنع أحد الطرفين عن النكاح أو توفي فللخاطب أن يسترد الأشياء التي أعطاهها حساباً من المهر عيناً إن كانت قائمة وبدلاً إن تلفت . أما الأشياء التي أعطاهها الطرفان لبعضهما بعضاً هدية فتجري أحكام الهبة بحقها » .

وعلى ذلك يكون العمل في حق المسلمين السنيين مثل المعمول به في مصر لأن أصل قانون حقوق العائلة مذهب أبي حنيفة إلا في بعض مسائل ليست هذه منها .

وكذلك في حق الجعفرية إذا لم تكن مشروطة بالزواج من المهدي لاتفاق مذهبهم مع مذهب الحنفية في ذلك . أما إذا كانت مشروطة فالعمل بمذهبهم .

وفي رأينا أنه إذا وجد شرط كهذا يكون شرطاً صحيحاً يجب الوفاء به فيتقارب المذهبان <sup>(١)</sup> .

---

(١) أما الطائفة الدرزية فالممول به في حقهم ما جاء بالمادة - ٢٦ - من قانونهم وهو =

## الاحتلاف فيما قلعه (١) :

هذا هو حكم ما قدمه من مهر أو هدية عند فسخ الخطبة فيحكم به إذا كان الخاطب والمخطوبة متفقين على نوعه . فان اختلفا بأن قال الخاطب هو من المهر ليكون له حق الاسترداد مطلقاً ، وقالت هو هدية ليمتنع الاسترداد إذا وجد مانع من الموانع السابقة فأيهما يصدق ؟

الحكم في هذه المسألة يختلف باختلاف صورها . وقبل بيان أحكام الصور المختلفة نذكر أموراً مقررة في الفقه بتطبيقها تعلم الأحكام المطلوبة .

١ - عند إقامة كل من الطرفين المتنازعين البينة تقدم بينة من لم يشهد له الظاهر ، لأن البينات شرعت لإثبات خلاف الظاهر ، فان لم يكن إلا بينة من طرف واحد قضيت بها ، لأن من أقامها نور دعواه وأيدها بالحجة .

٢ - الظاهر في هذا النزاع يشهد للزوج لأن الإنسان يعمل أولاً على أداء ما عليه من الواجبات لثبتر أذمته ثم بعد ذلك يتبرع .

٣ - العرف يرجع إليه عند العجز عن إقامة البينة ، فيكون الظاهر مع من يشهد له العرف فيقضي بقبوله مع يمينه ، وعلى ضوء هذه الأمور نقول : إذا أقام أحدهما البينة وحده قضى له ، لأنه أيد دعواه بالحجة ولا معارض لها .

---

= يتفق في الجملة مع مذهب المالكية ونصها « فان كان الرجوع من الخاطب فلا يبرز له أن يسترد شيئاً ما قدمه سواء كان باقياً وقت رجوعه أولاً ، وان كان الرجوع من جهتها وجب عليها أن ترد كل شيء بنفسه إن كان قائماً ومثله أرقبته إن كان هالِكاً ما لم يكن بينهما شرط ليعمل به » .

(١) لما كان العمل بمذهب الحنفية في مصر وبقانون العائلة في لبنان وهو مأخوذ من مذهب الحنفية ومذهب الجعفرية قريب منه رأينا أن نتكلم عن حكم اختلاف الخاطبين عند الرجوع في نوع المقدم للمخطوبة أمر من الله أم هدية ليكون للقارىء على بينة منه .

وإذا أقام كل منها البينة على دعواه رجحت بيئتها ، لأنها أثبتت خلاف الظاهر ، والبيئات شرعت لإثباته والظاهر هنا مع الزوج كما قلنا ، لأنه يجب عليه المهر دون الهدايا ، والإنسان يسعى أولاً لأداء الواجب عليه ثم يتبرع .

وإذا عجزا عن إقامة البينة حكمنا العرف ، فإذا جرى بأن ما قدم يكون مهراً قضى للزوج إذا حلف اليمين .

وان كان جارياً على أنه يعتبر هدية قضى لها مع اليمين أيضاً ، فان نكل أحدهما عن اليمين حكم للآخر لأن النكول عن اليمين إقرار بصحة دعوى الخصم .

وإذا لم يوجد عرف في ذلك فالقول له مع اليمين لأنه المظني . وهو أدرى بما أداه إن كان مهراً أو هدية إلا إذا كان ما أعطاه لا يستساغ في عرف الناس أن يكون مهراً كالأشياء المأكولة - مثلاً - .

#### الضرر المترتب على المنول عن الخطبة :

قد يعدل أحد الطرفين عن الخطبة فيصيب الطرف الآخر ضرر مادي أو أدبي فهل يجب على العادل أن يعرضه عنه ؟

مسألة لم يمرض لها الفقهاء القدامى إما لعدم حدوث مثل ذلك في عصورهم ، وإما لأن الخطبة التي رسم الإسلام طريقها وسلكها الطرفين أثناءها لا يترتب على فسخا ضرر متى التزم الطرفان هذا السلوك . وإنما جاء الضرر نتيجة انحراف الناس في سلوكهم أثناء الخطبة تقليداً لغير المسلمين فيما يفعلون .

فهل كان في المسلمين الأولين من يشترط على الزوجة جهازاً معيناً ، أو يشترط على الزوج شراء أشياء معينة غير ما قدمه من مهر ؟ وهل كان فيهم من يترك الخطاطب يأخذ مخطوته ويذهب بها حيث يشاء دون وقب يدعوى تعرف كل منهما على الآخر قبل الدخول في الحياة الزوجية ؟

لم يكن شيء من ذلك ، وإنما هي أمور أحدثها الناس ، وليس معنى هذا أن تقف الشريعة عاجزة عن أن تعطي كل محدث من الأمور حكمه المناسب . كيف وقد قال الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز : « تحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور » .

### تاريخ المسألة وتطورها في القضاء :

لم تثر هذه المسألة أمام القضاء إلا بعد أن استقرت القوانين الوضعية في البلاد الإسلامية ، وتمكنت العادات المستوردة في نفوس الشرقيين الذين يدينون غالباً بالإسلام .

أثيرت في دوائر القضاء الذي يحكم في الأضرار المادية والأدبية وتعويضها .

وانقسم القضاء فيها أول الأمر إلى فريقين : فريق يرى وجوب التعويض معاولاً بجمال الخطبة اتفاقاً لازماً بإعتباره التزام كل من الطرفين بإجراء التماقذ النهائي في الوقت الملائم . ومن ثم يكون المدول عن الوفاء بهذا الالتزام موجباً للتعويض عن الضرر المادي والأدبي إلا إذا أثبت العادل سبباً معقولاً لمدولته . وفريق آخر يرى أن المدول لا يوجب التعويض على من عدل عن الخطبة ، لأن المدول حق ثابت لها غير مقيد بشرط ، والعادل إنما استعمل حقه ولا ضمان في استعمال الحق .

ولأن الذي ناله الضرر يعلم أن للطرف الآخر المدول في أي وقت شاء ، فإذا أقدمت المخطوبة على الجهاز مثلاً بناء على الخطبة فالضرر لحقها نتيجة اغترارها ولم يفر بها أحد ، وكذلك المخاطب إذا أعد بيته بناء على الخطبة يكون مقترراً لا مفرراً به ، وكان الواجب على من وقع عليه الضرر أن يتفاداه قبل

الوقوع فيه بأن يطلب من الطرف الآخر البت في المسألة إما بإمضاء الزواج أو فسخ الخطبة ، وحيث أنه لم يأخذ الحيلة لنفسه فليتعلم نتيجة تقصيره .

ولما كان كل من المسلكين بإطلاقه فيه نوع منالالة ، لأن الأول أخرج الخطبة عن طبيعتها من أنها مجرد وعد لا التزام فيه إلى أنها اتفاق ملزم بإجراء عقد الزواج ، وفيه تسليط نوع من الإكراه على إتمام عقد الزواج ، لأن كلا من الطرفين قد يقدم على العقد وهو غير راغب فيه خوفاً من التعريض الذي يلزم به لو فسخ الخطبة . وفي الإكراه على الزواج إجبار شخص على التزوج بامرأة لا يرغب فيها ، أو إجبار امرأة على التزوج برجل رغبت عنه ، وهذا يتنافى مع المباديء التي يقوم عليها عقد الزواج عقد الحياة والسكن والمودة وتكوين الأسرة السعيدة .

والثاني نظر إلى طبيعة الخطبة وأنها مجرد وعد لا التزام فيه ، وإن العدول عنه حق مقرر لكل من طرفيه ولم يلتفت إلى أن هذا الحق قد يساء استعماله فيترتب عليه الضرر أو ينضم إليه أمور أخرى يتسبب عنها الضرر . من أجل ذلك وقفت محكمة النقض موقفاً وسطاً بين المسلكين السابقين .

فجاء في حكمها الصادر في ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ « إن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج . وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحداً من المتواعدين ، فلكل منها أن يعدل عنه في أي وقت شاء وخصوصاً أنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتواعدين كامل الحرية في مباشرة لما للزواج من الخطر في شئون المجتمع ، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهتداً بالتعويض ، ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه - باعتبار أنها مجرد وعد فعدول - قد لازمتها أفعال أخرى مستقلة عنها استقلالاً تاماً ، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً



أو أدبياً بأحد المتواعدين فإنها تكون مستوجبة التضمن على من وقعت منه ، وذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها بغض النظر عن المدول الجرد أفعال ضارة موجبة للتضمن .

وقد قال الدكتور السهوري إن القضاء في مصر انتهى إلى المباديء الثلاثة الآتية :

- ١ - الخطبة ليست بمقد مآثم .
- ٢ - مجرد المدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض .
- ٣ - إذا اقترن بالمدول عن الخطبة أفعال ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض .

وهذا الذي انتهى إليه الأمر في القضاء وإن كان الفقهاء لم يصرحوا به إلا أنه يتفق مع الحديث الشريف « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » الذي استنبط الفقهاء منه قاعدة « الضرر يزال » وقاعدة « التسبب في الضرر يوجب الضمان إذا كان عمداً »<sup>(١)</sup> كما يتفق مع مبدأ إساءة استعمال الحق ، فيكون التعويض في الحقيقة ليس عن مجرد المدول عن الخطبة الذي هو حق مقرر لكل من الطرفين ، وإنما عن الضرر الناشئ عن أفعال صاحبت المدول أو سبقت ، فتدخل المسألة في باب التقرير الموجب للضمان .

وحينئذ ينظر للضرر المترتب على المدول إن كان للطرف الآخر دخل فيه بسبب حصل منه حكم بالتعويض ، كما إذا تركت المرأة الموظفة وظيفتها بتعريض من المخاطب لتتفرغ لشئون البيت بعد الزواج ، أو قامت بأعداد الجهاز اللازم بإيعاز منه ثم عدل عن الخطبة فإنه يلزم بالتعويض .

---

(١) اللادان ٣٠ ، ٩٣ من المجلة المدلية ونص الثانية « للتسبب لا يضمن إلا بالعمد » .

ومثل ذلك إذا قام الخاطب بإعداد بيت الزوجية بإيماء من مخطوبته ثم عدلت عن الخطبة حكم عليها بالتعويض ، لأن الضرر الذي لحقه كان بسبب تقريرها .

أما إذا فعل كل منهما ذلك دون إيماء من الآخر ، ثم فسخت الخطبة فيكون الضرر اللاحق بأحدهما نتيجة اغتراره هو وعدم تربيته في الأمر فلا تعويض لأنه هو الذي جلب على نفسه الضرر .

## الباب الثاني

في

أركان العقد وشروطه وطرق إثباته وأنواعه

وفيه فصول



## تمهيد

### في بيان معنى الركن والشرط

لكل عقد من العقود مقومات . وهي الأمور الأساسية التي لا يمكن أن يتصور وجود العقد بدونها سواء أكانت جزءاً منه كالإيجاب والقبول ، أو كانت من اللوازم العقلية لأجزائه كالعاقدين والمحل .

وإنما كانت هذه لوازم ، لأن العقد ارتباط بين كلامين أو ما يقوم مقامها وهذا الارتباط إنما يكون من شخصين غالباً وهما العاقدان ، ولا بد أن يكون على شيء معين هو محل العقد ، ويسمى العقود عليه ليظهر أثر العقد فيه . وبعد ذلك يكون له غاية هي المقصد الأصلي الذي شرع العقد له ، وتسمى في عرف القانونيين موضوع العقد ، وعند الفقهاء حكم العقد أي الأثر المترتب عليه .

ففي عقد الزواج الذي تتكلم عنه . العاقدان هما الزوج والزوجة إن قلت العقد بنفسها عند من يجوز ذلك ، وعند المانعين . العاقدان هما الزوج وولي الزوجة . ومحل العقد هو المرأة <sup>(١)</sup> وبعبارة أدق : هو الانتفاع بالمرأة ، لأن العقد ليس على ذاتها وإنما على الانتفاع بها بالتمتع الخاص .

---

(١) هذا عند الحنفية . وللألفية يقولون : إن محل العقد هو الزوج والزوجة للمؤمن الخالين من الموانع الشرعية وهو قول للشافعية ، وهذا أشبه بالله ، لأن حل الاستمتاع ثابت لهما . فكما أن الرجل يتمتع بالمرأة كذلك هي تتمتع به .

والغاية المقصودة هي حل الاستمتاع .

وقد أوجب الشارع في تلك المقومات أوصافاً تكميلة تسمى في عرف الفقهاء بالشروط . كأهلية الماقدين له وقابلية الحل لحكمه . فالمقد المنتج لآثاره له أركان وشروط لا يوجد المقد معتبراً شرعاً بدونها .

### معنى الركن والشروط :

ركن الشيء في اللغة هو الجانب القوي الذي يسكه كأركان البيت وهي زواياه التي تمسك بناؤه (١) .

وفي الاصطلاح الشرعي : ما يكون به قوام الشيء بحيث يمد جزءاً داخلاً في حقيقة . وذلك كالإيجاب في المقد فإنه جزء داخل في حقيقته لا يوجد المقد بدونه .

والشروط في اللغة هو إلزام الشيء والتزامه كما في البيع ونحوه كالشرطة وجمعه شروط ..

وبالتعريف « الشرط » العلامة وجمعه أشراف . ومنه أشراف الساعة أي علاماتها (٢) .

---

- والفرق بين الرأيين أن من يقول إن محله المرأة يحمل حق المطالبة بالتحاطة الجنسية للرجل فله أن يجبرها على ذلك . أما من فليس لها أن تجبره إلا مرة واحدة ، ولكن يجب عليه ديانة أن يحسنها ويطلبها حتى لا تفقد أخلاقها .

ومن يقول : إن محله الرجل والمرأة يحمل حق المطالبة بهذا لكل منهما لأن المقد على انتفاع كل منهما بالآخر .

(١) قوام الشيء بالكسر هو عماده وملاكه الذي يقوم به . وقد يلتج كما في مختار الصحاح .

(٢) القاموس المحيط وأساس البلاغة

وفي الإصلاح الشرعي : أمر خارج عن ماهية الشيء وحقيقته يتوقف عليه وجود ذلك الشيء شرعاً . مثل حضور الشهود في الزواج عند جمهور الفقهاء فإنه أمر خارج عن حقيقة الزواج ، لكنه يتوقف عليه وجود الزواج واعتباره صحيحاً في نظر الشارع عندهم .

وكون المرأة معللاً للزواج . بالأ تكون محرمة عليه تحريماً مؤكداً أو مؤقتاً عند الفقهاء جميعاً ، فإن هذا أمر خارج عن حقيقة العقد الذي هو ارتباط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما يتوقف عليه وجود العقد المعتبر شرعاً .

فالركن والشرط يتفقان في أن كلا منهما يتوقف وجود الشيء على وجوده ، ويفترقان في أن الركن جزء من الحقيقة والشرط ليس جزءاً منها .

بعد هذا التمهيد نفصل الكلام على أركان الزواج وشروطه .





# الفصل الأول

في أركان الزواج وفيه مباحث

## المبحث الأول

في صيغة العقد والألفاظ التي تتحقق بها

عقد الزواج له ركنان : الإيجاب والقبول<sup>(١)</sup> . والإيجاب هو ما صدر من أحد العاقدین أولاً دالاً على ما يريد من إنشاء العقد . ويسمى الشخص الذي صدر منه الإيجاب موجباً ، والقبول هو ما صدر ثانياً من الطرف الآخر دليلاً على موافقته على ما أوجبه الأول . ويسمى الشخص الذي صدر منه القبول قابلاً . فأول الكلامين إيجاب سواء صدر من جانب الزوج أو من جانب الزوجة<sup>(٢)</sup> ، وسمي

---

(١) هذا عند الحنفية ، وذهب جمهور الفقهاء من أهل السنة ومعهما الجعفرية إلى أن أركانها أربعة الإيجاب والقبول والزوجان ، وعبرة الشبهة للزوج وكنتان الصيغة والزوج : ' ' الهم فليس وكنت ولا شرطاً .

فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ١٧٦

(٢) وذهب الجمهور ومعهما الجعفرية إلى أن الإيجاب يكون من جانب المرأة ، من جانب المملك وإن جاء متأخراً ، والقبول يكون من المملك وهو الزوج لذلك تكفلوا على جواز تقديم القبول على الإيجاب فأجازوه في المشهور عنهم . لأن الإيجاب من جانب المرأة وهي تستحي غالباً من الابتداء به فاعتقر ذلك هنا . راجع الشرح الكبير لمجاشيع الدسوقي ج ٢ ص ٢٢ ، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٨ فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ١٧٦ .

إيجاباً لأنه أوجد الالتزام ، وسمي الثاني قبولا ، لأنه رضا بما في الأول من التزام وإلزام وما فيه من التزام بالنسبة للقابل كان نتيجة لرضاء بما تضمنه قول الأول من إلزام .

ما يتحقق به الإيجاب والقبول :

الأصل في تحقق الإيجاب والقبول في عقد الزواج أن يكون بالعبارة ، وقد يوجد أحدهما أو كلاهما بالإشارة أو الكتابة في بعض صورته .

ولما كان الأصل فيه هو الألفاظ عني الفقهاء ببيان الألفاظ التي ينقدها بها من ناحية مادتها وباحية صورتها .

أما الأولى : فقد اتفقوا على أنه ينقده بكل لفظ مأخوذ من ماذي الزواج والنكاح ، لأن أكثر النصوص الواردة فيه جاءت بها . كما اتفقوا على عدم انعقاده بالألفاظ الإباحية والإحلال والإيداع والإعارة والرهن ، لأنها لا تقيد التحليل والزواج من عقود التحليل ، لأنه يفيد ملك المتعة للزوج .

وكذلك لا ينقده بلفظ الوصية ، لأنها وإن أفادت التملك إلا أنه تملك مضاف لما بعد الموت ، والزواج يفيد التملك في الحال ، فلم توجد علاقة مسوقة لاستعمال لفظ الوصية في الزواج .

وكذلك لفظ الإجارة ، وإن خالف فيه الكرخي من الحنفية لكن رأيه مرجوح ولا معنى له ، لأنها وإن أفادت ملك المتعة في الحال إلا أنها شرعت مؤقتة بوقت معين والزواج شرع على الدوام والتأييد ، وكل تأقيث فيه يلحق به الفساد على الأصح .

واختلفوا فيما عدا ذلك من الألفاظ كالدية والتمليك والبيع والصنعة والجعل . فالشافعية والحنابلة<sup>(١)</sup> منعوا انعقاده بهذه الألفاظ كلها وقصره على

(١) راجع نهاية المحتاج ج ٣ ص ٣١٦ وللمفتي لابن قدامة ج ٦ ص ٥٣٢ . والحنابلة وأبي آخر ومروان في المعاد بلفظ الهبة وروايتان وراجع الإنصاف ج ٨ .

انطفي النكاح والتزويج وما اشتق منها كأما متزوج مثلاً . مستندين إلى أن الزواج عقد له خطفه إذ به تحل المرأة بعد أن كانت حراماً وثبتت به الأنساب ، فقه ناحية تعبدية تجعلنا نتقيد بما ورد عن الشارع فيه من ألفاظ ، ولم يرد في مواضع تشريعه في القرآن إلا هذين اللفظين جاء ذلك في أكثر من عشرين آية منها ( فأنكحوا ما طاب لكم من النساء ) النساء / ٣ / ( وأنكحوا الأيامى منكم ) النور / ٢٢ / ( فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكمها ) الأحزاب / ٣٧ / ومن هنا قالوا : إن المراد بكلمة الله في الحديث « واستحلتم فروجهن بكلمة الله » الزواج والنكاح . لأنها الواردة في القرآن فلا يصح أن يقاس غيرها عليها .

على أن الزواج مشروط فيه الشهادة فلا بد أن يكون اللفظ الذي يعقد به صريحاً حتى يعرف الشهود ما شهدوا عليه ، أما غيرها من الألفاظ فإنها لا تدل عليه إلا بالنية والقرينة ، وقد يخفى ذلك على الشهود فلا تصح شهادتهم<sup>(١)</sup> . ويعاقبهم الشيعة الجعفرية<sup>(٢)</sup> في قصره على هذين اللفظين .

والحنفية صححوا استعمال هذه الألفاظ مع القرينة الدالة على أن المتكلم أراد بها الزواج . كذكر المهر معها وإحضار الشهود وما شابه ذلك ، لأن هذه

(١) وفي هذا يقول عز الدين عبد السلام في كتابه قواعد الأحكام ج ٢ ص ٧٧ « ولا يتعين للمعقود لفظ إلا النكاح فإنه يتعين له لفظ التزوج أو الأتكاك لأن جميع الألفاظ لا تستل بالدلالة على مقاصد الزواج ، فإن لفظ البيع والحبة يدل على نقل الملك في الرقبة ثم المنافع والجار بعد ذلك مستفادة من الملك غير معقود عليها ، ولفظ الأجرة يدل على نقل النعمة القادرة ، والنكاح مؤجل بموت أقصر الزوجين محرراً وبالمهرين إن مات الزوجان معاً ، وجميع ألفاظ المعقود لا تدل على خصائص النكاح وإن قوي جميع ذلك لم يصح لأن الشهادة شرط في صحة النكاح ولا اطلاع للشهود على النيات » .

(٢) ففي المختصر التنقيح ص ١٩٣ « ويشترط النطق بأحد ألفاظ ثلاثة زوجتك وانكحتك وزمتك وجاء في هامش هذه الصفحة وفي تذكرة الفقهاء : لا يتمد الدائم بلفظ التمة عند أكثر عدائنا . وقال بعضهم يتمد والأول أقوى ، وراجع أيضاً شرائع الإسلام ج ٢ ص ٨ .

الألفاظ تعيد تمليك العين في الحال ولا تقبل التوقيت ، فإذا قالت المرأة للرجل : وهبت لك نفسي بمهر كذا أو ملكت نفسي أو جعلت لك نفسي بمهر قدره كذا أو قال وليها ذلك وقبل الرجل ينمقد الزواج ، لأن القرينة تعين المراد منها ، وأنه لا يقصد بها حقيقتها ، بل يقصد بها الزواج ، وأي شخص يفهم منها الزواج إذا ذكر المهر مع حضور الناس الحفل الممد للزواج .

أما دعوى أن النصوص الشرعية لم تذكر في معرض تشريعه إلا لفظي التكاح والزواج فقير مسلمة ، لأن القرآن ذكر لفظ الهبة أيضاً في مقام تشريعه في قوله سبحانه : « وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي » الأحزاب / ٥٠ / ودعوى الخصوصية بالنبي غير مسلمة ، لأن الخصوصية الثابتة له في هذا هي الزواج بدون مهر لا في خصوص لفظ الهبة ، لأن الله قد قال بعد ذلك : « قد عفنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم لكي لا يكون عليك حرج » ونفى الحرج عن رسول الله لا يكون في اختصاصه بمقد الزواج بلفظ خاص . وهو أفصح الخلق على الإطلاق ، وإنما يكون في تزويجه بدون مهر وصدر الآية يقول : « يا أيها النبي إنا أحللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن ... » إلى أن قال : « وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي » وهذا يفيد بمجموعه ، أنا أحللنا لك الزواج بمهر وبغير مهر لكي لا يكون عليك حرج .

وقد وردت السنة بلفظ التملك في قصة المرأة التي جاءت تعرض نفسها على النبي فأعرض عنها إلى أن قال أحد أصحابه . يا رسول الله إن لم يكن بك حاجة إليها فزوجنيها فسأله عن مهر يعطيه لها واعتذر بأن لا يجد شيئاً . وفي النهاية قال له الرسول : « قد ملكتكها بما مملك من القرآن » (١) .

وإذا ورد النص بهذين اللفظين فيكون ما يفيد معناهما مثلها فلا وجه لمنع

---

(١) منتقى الأخبار يشرح قبل الاطوار ج ٦ ص ١٤٥ ، وفي الحديث روايتان أحدهما : قد زوجتكها والأخرى قد ملكتكها وكلامها متفق عليها كما يقول صاحب المنتقى .

الزواج بهذه الألفاظ . والمالكية قوسطوا بين المنهيين فأجازوا التزويج بلفظ  
الهبه إذ ذكر معها الصداق. كأن يقول طالب الزواج : هب لي ابنتك بهر كذا،  
أو يقول ولي المرأة وهبت لك ابنتي بهر كذا ، ويقول الآخر قبلت .

قد يقال : إن الحديث روى برواية أخرى بلفظ زوجتكها فتكون تلك  
الرواية بالمعنى وهي لا تثبت مدعاهم .

والجواب : إن الراوي الذي رواها لو لم يكن يعلم أن لفظ « التملك »  
ينعقد به النكاح شرعاً ما جاز له التعبير به عن التزويج والله أعلم .

ويرى بعض فقهاء المالكية أنه يصح بألفاظ أخرى من كل ما يدل على البقاء  
مدة الحياة كتصدقته ومنعت وبعته وملكت وأعطيت<sup>(١)</sup> .

ويلاحظ هنا أمران :

أولهما : أن هذا الخلاف السابق بين الفقهاء إنما هو في الإيجاب فقط ، وأما  
القبول فيتحقق بأي لفظ يدل على الموافقة والرضا من أي مادة كقبلت ورضيت  
ووافقت وأمضيت وغيرها باتفاق الحنفية والمالكية والحنابلة وأحد القولين عند  
الشافعية<sup>(٢)</sup> . وثانيهما : أن العمل في جمهورية مصر العربية بمنهج الحنفية .

وفي لبنان يجري العمل بمقتضى قانون حقوق العائلة وهو ينص في المادة  
(٣٦) على أن الإيجاب والقبول في النكاح يكون بالألفاظ الصريحة كأنكحت

---

(١) الفرواكة الدواني شرح رسالة بن أبي زيد ج ٢ ص ١٥٢ . وعبارته « والصفة هي كل  
ما يدل على الرضا من الزوج والولي أو من وكيلها كأنكحت وزوجت أو وهبت وتصدقت أو  
منحت أو أعطيت مع ذكر الصداق . وفي الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٢١ يصرح بأن لفظ الهبة  
متفق عليه ، وأما غيرها مما يدل على البقاء مدة الحياة ففيه تردد . وفي حاشية المصوتي قسم  
الألفاظ أربعة . ما ينعقد به ولو لم يسم صداقاً وزوجت وأنكحت، وما ينعقد مع ذكر الصداق  
كوهبت ، ومما فيه تردد وإن ذكر الصداق كبعث وملكت ومنعت، وما لا يعقد به مطلقاً  
لاتفاق كأكجعت وأعرث ونحوهما .

(٢) والقول الآخر لا بد أن يقول قبلت الزواج نهاية المحتاج ج ٣ ص ٢١٧

وزوجت ، وظاهر أنه يطلق بالنسبة للمسلمين جميعاً سنين وجعفرين ، لأنه لا يخالف مذهب الجعفرية . وقدر مرآناً أنهم يوافقون في قصر انقضاء الزواج على لفظي الزواج والنكاح .

هل يشترط في صيغة الزواج أن تكون باللغة العربية ؟

جمهور الفقهاء على أنه ليس بشرط فينقصد بهذه الألفاظ بأي لغة كانت عربية أو غير عربية سواء كان العاقدان قادرين على العربية أو عاجزين عنها ، لأن المقصود هو التمييز الواضح عن إرادة العاقدين . وهو يصح بأي لغة وفي رأي للشافعية<sup>(١)</sup> أنه شرط فلا يجوز للقادر على العربية أن يمقده بغيرها ، ويوافقهم الحنفية في المشهور عندهم<sup>(٢)</sup> . لأن الزواج فيه ناحية تعبد فأشبه الصلاة فكما أنها لا تصح بغير العربية للقادر عليها فكذلك الزواج ، ولأنه لم يشرع إلا بلفظين ورد بهما القرآن فترك العربية إلى غيرها ترك المشروع إلى غيره فلا يصح ، أما المأجز عنها فقد قام العذر في جانبها وصار كالأخرس .

وإذا كان أحد العاقدين يحسن العربية والآخر لا يحسنها . فمن جواز للقادر على العربية التعبير بغيرها يجوز هنا لها التعبير بغير العربية ، ومن منع يقول :

(١) وللشافعية رأي ثالث لا يصح بغير العربية حتى من المأجز عنها بل عليه أن يصبر عن المقدم حتى يتعلم العربية أو يوكل غيره ليمقده بالعربية المرجع السابق ص ٢١٦ .

(٢) المختصر النافع ص ١٩٣ ولا تجزئ الترجمة مع القدوة على النطق وتجزئ مع العذر كالأعجم . ومثل ذلك في شرائع الإسلام ج ٢ ص ٨ ، وقال : ولو عجز أحد المتماقدين تعلم كل واحد منهما بما يحسنه . وفي وسيلة النجاة لأبي الحسن الأصفهاني ص ٣٠٥ ، والاحوط لزوماً كونه فيهما باللفظ العربي فلا تجزئ غيره من سائر اللغات إلا مع المعجز عنه ولو بتركيل الغير وعند ذلك لا بأس بلياقه بغيره لكن بمباراة يكون مفادها مفاد اللفظ العربي بحيث يمد ترجمة له

إن من يحسن العربية يعبر بها لقدرته عليها ومن لا يحسنها يعبر بلفظه لقيام المدر في جانبه فسقط عنه كالآخرس .

ثم يشترك في الشهود عند ذلك معرفة لفتيها ، فإن كان كل منهما يصور لفة الآخر ترجم بينهما مترجم يعرف لفتيها .

وبعد ذلك لا يشترط في اللفة التي ينمقد بها الزواج أن تكون هي الفصحى ، بل يصح بها وبغيرها كالعامة فيصح أن يقول جوزني وجوزتك بدل زوجتي وزوجتك .

وأما الثانية وهي الصيغة والهيئة : فالأصل في العقود أن تكون بلفظين ماضيين ، لأن المقصود بالعقد إنشاء معنى في الحال لم يكن موجوداً من قبل ، وهذا لم يوضع له في اللفة ألفاظ خاصة ، ولكنهم استعملوا صيغة الماضي لأنها المعبرة عن حصول رضا الطرفين وتوافق إرادتهما قطعاً ، أما المضارع والأمر فانهما لا يدلان على ذلك قطعاً ، لأن المضارع موضوع للأخبار عن حصول الفعل في الحال أو الاستقبال ، والأمر موضوع لطلب تحصيل الفعل في المستقبل ، فاحتمال المساومة والعدة موجود فيهما . ولما كان عقد الزواج لا يحتتمل المساومة أو العدة لأنه تسبقه عادة مقدمات كالخطبة وغيرها من إرسال الهدايا ودفع المهر أو جزء منه صح أن يستعمل في إنشائه لفظ المضارع أو الأمر استثناء من قاعدة إنشاء العقود .

لذلك قرر فقهاء الحنفية أن عقد الزواج يكون بلفظين ماضيين أو بلفظين أحدهما ماضٍ والآخر للحال أو الاستقبال ، لأن القرينة السابقة مانعة من احتمال معنى آخر غير إنشاء العقد .

على أن إحضار الشهود وإعداد الحفل ودعوة الناس غالباً قرينة أخرى تؤكد إرادة إنشاء العقد بقوله زوجني نفسك أو أتزوجك .

فلقول الرجل لولي المرأة : تزوجني ابتنتك بصيغة المضارع فقال له

زوجتكما تم العقد دون حاجة إلى عبارة أخرى ، وكذلك لو قال بصيغة الأمر كزوجني أختك إذا قصد بها إنشاء العقد لا مجرد طلب الوعد أو تعرف رغبته <sup>(١)</sup> ومثل ذلك لو كان الباديء المرأة أو وليها .

والجعفرية يوافقون الحنفية في هذا في جلته .

جاء في المختصر النافع <sup>(٢)</sup> « وهل يشترط وقوع تلك الألفاظ بلفظ الماضي . الأحوط نعم ، لأنه صريح في الإنشاء ، ولو أتى بلفظ الأمر كقوله : زوجنيها فقال زوجتك قبل يصح ، ولو أتى بلفظ المستقبل كقوله : أتزوجك قبل يجوز » .

## المبحث الثاني

### في انعقاد الزواج بغير الكلام

إذا كان العاقدان في مجلس واحد وكانا قادرين على الكلام فلا ينعقد الزواج بينهما إلا به ، فلا ينعقد بالكتابة ، لأنه يشترط في صحته حضور الشهود وسماعها كلام العاقدين عند جامهر الفقهاء ، وهذا لا يتيسر في الكتابة ، ولأن عقد الزواج أساسه العلنية دون السرية وبالكتابة يكون سراً ، والرسول ﷺ يأمر بإعلانه « أعلنوا هذا النكاح » .

وإذا لم ينعقد بالكتابة فأولى ألا ينعقد في هذه الحالة بالإشارة لأنها أضعف في بيانها من الكتابة .

---

(١) أما إذا قصد بها مجرد تعرف الرغبة أو طلب الوعد فلا ينعقد بها العقد لأن اللفظ : أنه عتمة . ولذلك قالوا : لو قال : أتزوجك فقالت زوجت فإنه يصح لأنه لا يتمثل بطلب الوعد الشخص لا بطلب من نفسه الوعد . واضح ود المختار لأن عابدين ج ٢ ص ٣٦٥ .



وأما العاجز عن الكلام كالأخرس . فإن كان لا يحسن الكتابة ينمقد بإشارته المعروفة بالاتفاق بين الفقهاء ، لأنه لا سبيل له في التعبير عن إرادته إلا بها ، ولا يزوجه وليه إن كان بالغا ، لأن الحرس كالصمم لا يوجب الحجر عليه . وإذا كان يحسن الكتابة فهل يصح عقده .

في مذهب الحنفية روايتان . إحداهما : أنه ينمقد ، لأن الأصل في العقد أن يكون بالكلام ، فإذا عجز عنه طلب معرفة غرضه بأي وسيلة . ويستوى في ذلك الإشارة والكتابة لأنها يدلان على مراده .

وثانيها : أنه لا ينمقد بالإشارة ، بل لا بد من الكتابة ، لأنها أقوى بيانا من الإشارة حيث يعرفها كل من يقرأ بخلاف الإشارة فإنه لا يعرفها إلا القليل ، وإذا لم يتساويا اعتبر الأقوى .

والعمل في جمهورية مصر العربية على الرواية الثانية حيث نصت المادة ١٢٨ - من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ على أن « إقرار الأخرس بإشارته المعبودة ولا يعتبر إقراره بالإشارة إذا كان يمكنه الإقرار بالكتابة » .

والشعبة الجعفرية يذهبون في المشهور عندهم إلى أنه لا ينمقد الزواج بالكتابة - وإن لم يشارطوا فيه الشهادة - معطين ذلك بأن الكتابة كناية والزواج لا ينمقد بالكنايات .

وأن الأخرس القادر على التوكيل يكتفي منه بالإشارة إذا لم يحسن الكتابة وإن أحسنها فالأولى أن يجمع بينها وبين الإشارة المقهمة<sup>(١)</sup> . فهو لا يختلف عن مذهب الحنفية في ذلك كثيراً .

---

(١) راجع فقه الإمام جعفر الصادق محمد جواد مغنية ج ٥ ص ١٧٩ ، وفي وسيلة النجاء للأصماني ص ٥٠ . النكاح على قسمين دائم ومنقطع وكل منهما يحتاج إلى عقد مشتمل على إيجاب وقبول بلفظين دالين على إنشاء للمنى المقصود والرضا به دلالة معتبرة عند أهل المأورة . فلا يكفي الرضا القلبي عند الطرفين ولا المأطرة الجارية في غالب المعاملات ولا الكتابة وكذا الإشارة المقهمة في غير الأخرس .

وإذا لم يكن الطرفان في مكان واحد جاز أن يكون أحد شطري العقد بالكتابة وهو الإيجاب . كأن يكتب مريد الزواج إلى الطرف الآخر كتاباً يتضمن عبارة الإيجاب . مثل زوجيني نفسك أو تزوجتك ، فإذا وصل الكتاب إليها قرأت الكتاب أمام شاهدين أو أخبرتها بضمونه . كأن تقول « إن فلاناً أرسل إلي يطلب الزواج مني وأنا أشهد كما أنني قبلت زواجه فإذا سمع الشاهدان الإيجاب والقبول تم العقد ، ولو سمعا قبولها فقط دون الإيجاب لا يصح العقد ، لأن الشرط الساج للإيجاب والقبول »<sup>(١)</sup> :

ومثل الكتابة في هذا إرسال الرسول الذي يبلغ إيجاب الموجب ، فلو أرسل شخص رسلاً لامرأة ليلفها أنه يقول لها : تزوجتك أو زوجيني نفسك فتقول « قبلت زواجه لو زوجته نفسي تم العقد إذا كان أمام شاهدين سمعا كلام الرسول بالإيجاب وقبولها في مجلس تبليغ الرسالة .

هذا ولا خلاف بين الفقهاء في أن الزواج لا يتمتع بالأفعال . كأن تقول امرأة لرجل زوجتك نفسي بمائة دينار مثلاً فيدفعها إليها الرجل من غير أن يتكلم أو قام وسلم عليها مقتطعاً قالت لم يتمتع العقد حتى ولو كان أمام شهود ، لأن الإسلام رسم له طريقة يعقد بها ليست هذه منها .

ولأن الناس كانوا يتزوجون في عهد رسول الله وفي عهد أصحابه بل وفي جميع العصور ولم يؤثر عنهم أنهم عقدوا الزواج بهذه الصورة . بخلاف العقود الأخرى فإن الكثير منها كانوا يعقدونه بالأفعال « التماطي » فليس في هذه الصورة إلا الإيجاب والزواج لا يتحقق بالإيجاب وحده .

وأما الأقرار بالزواج . كأن يقول الرجل هي امرأتي . فيجكي فيه مذهب الحنفية رأياً . أحدهما : أنه لا يتمتع الزواج به ، لأن الأقرار إظهار لما هو

---

(١) راجع فتح القدير ج ٢ ص ٣٥٠ والآنصاف للحنابلة ج ٢ ص ٥٥ .

ثابت وليس بأنشاء . وهذا لا يتنافى مع ما صرحوا به من أن النكاح يثبت بالتصادق ، لأن الاقرار لا يكون من صبح العقد ، والمراد بقولهم إنه يثبت بالتصادق أن القاضي يثبت الزواج بالتصادق ويحكم به .

والرأي الآخر : أنه ينمقد به إن كان بمحضر من الشهود ويجعل الأقرار إنشاء . كما لو قالت جعلت نفسي زوجة لك فإنه ينمقد به ، وإن لم يكن بمحضر من الشهود لا ينمقد <sup>(١)</sup> .

والحق إنه تفصيل في المذهب فإن الأول محمول على ما إذا قصدا مجرد الأخبار عن حصول عقد الزوجية بينها في الماضي ولم يكن بينها عقد أو كان العقد بغير شهود ، والثاني على ما إذا قصدا بالأخبار إنشاء العقد فينمقد في الحال .

وما ينبغي التنبيه عليه هنا أن الزواج لا ينمقد بواسطة المسرة «الماتفة» لأنه يشترط لوضوئه حضور شاهدين يسمعان كلام العاقدين ويفهمان المراد منه إجمالا عند جماهير الفقهاء .

وحضور الشهود وسماعهم ممكن في حالة اجتماع العاقدين في مكان واحد وفي جالة لإرسال الرسول أو الكتاب لأن السماع ممكن فيها .

أما في التكلم في الماتفة فإن الشاهدين يسمعان كلام أحد العاقدين فقط وسماعها الأيجاب وحده أو القبول وحده غير كاف في صحة العقد ، وكذلك لو شهد اثنان على كلام أحدهما وآخرا على كلام الآخر لأن الشهادة لم توجه .د على العقد <sup>(٢)</sup> . وأما عند من لم يشترط الشهادة فيمكن أن يقال إنه ينمقد متى تأكد

---

(١) راجع الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٣٦٥ .

(٢) يقول صاحب البدائع ج ٢ ص ٢٣٣ : وبغير الكتاب والرسالة لا ينمقد الزواج بين غائبين قالوا قالت امرأة أمام شاهدين زوجت نفسي من فلان وهو غائب قبلته الخبر فقال ثبات =

كل من الطرفين من شخصية الآخر ووضوح عبارته والتأكد من ذلك عسير  
لاشبهاء الأصوات وإمكان تقليدها .

### المبحث الثالث

#### في انعقاد الزواج بعبرة واحدة

هل يكفي في عقد الزواج عبارة واحدة من شخص واحد تقوم مقام  
الإيجاب والقبول من طرفيه ؟

اتفق الفقهاء على أن الأصل في العقود ذات الطرفين هو تلاقي إرادتين من  
شخصين يدل عليها عبارتان هما الإيجاب والقبول ، وأن النتائج المترتبة على كل  
عقد منها مختلفة بالنسبة لكل من طرفيه ، فهذا مملك وذاك مملك ، وهذا  
مطالب بتسليم شيء وذاك مطالب به ، وهذا ملازم بشيء وذاك ملازم به .

ولكن الخلاف بينهم في كون هذا الأصل يسري على كل العقود حتى عقد  
الزواج . أم هو مستثنى منه ؟

فالشافعي يذهب إلى أن عقد الزواج لا يوجد بعبرة واحدة من شخص  
واحد ، لأن النتائج المترتبة عليه موزعة بين طرفيه ، فالزوجة تطالب بتسليم  
المهر ، والزوج مطالب به ، وهو يطالبها بالدخول ، وهي مطلوبة منها ذلك .  
وهكذا ، ولا بد لهذه الحقوق المختلفة من طرفين ، لأن الشخص الواحد لا يجوز  
أن يكون مطالباً ومطالباً بشيء واحد .

---

= أرقال رجل بمضرة شاعدين تزوجت فلانة وهي غائبة فبلغها الخبر فقالت: زوجت نفسي منه  
لم يمز وان كان القبول بحضور ذلك الشاعدين وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف  
ينعقد ويتوقف على إجازة الغائب ، لأن عقد الزواج يبرز أن يتزاول شخص واحد ، ووجه قولهما  
أن أحدهما لا ولاية له فلا ينعقد العقد فالرجوع بشرط العقد لا كله .

ولأنه ورد في الزواج حديث يقول : « كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح  
خاطب وولي وشاهدا عدل » .

ولكنه استثنى صورة واحدة جوز فيها انعقاد الزواج بعبارة واحدة، وهي :  
ما إذا زوج الجدة سفيديه أحدهما الآخر كأن يزوج بنت ابنه المتوفي لابن ابنه  
المتوفي كذلك إذا كان في زواجهما مصلحة . لأن ولاية الأجير في الزواج عنده  
لا تثبت إلا للأب والجد ، فلضرورة وجود ولي واحد للصغيرين وعدم صحة  
توكيل كل منهما لغيره صح هذا العقد . وقد وافقه زفر من الحنفية في أن الزواج  
لا ينعقد بعبارة واحدة عملاً بالقياس ، وهو الأصل العام في العقود . وأبو حنيفة  
وصاحبه يذهبون إلى أن عقد الزواج مستثنى من الأصل السابق ، فيصح فيه  
أن يتولاه شخص واحد بعبارة واحدة ، لأنه ورد فيه بخصوصه ما يدل على  
ذلك ، وبوافقه الجماعة على ذلك .

فقد روي أبو داود عن عقبة بن عامر أن النبي ﷺ قال لرجل : « أترضى  
أن أزوجهك فلانة ؟ قال : نعم . وقال للمرأة : أترضين أن أزوجهك فلاناً ؟  
قالت : نعم » فزوج أحدهما صاحبه .

وروي البخاري أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم بنت قارظ :  
أتحملين أمرك إلي ، قالت : نعم ، قال : قد تزوجتك . فقد تم الزواج في  
الحديث الأول بعبارة واحدة من رسول الله بكافة الزوجين .

وفي الآخر بعبارة من شخص له صفتان شرعيتان . أصالة عن نفسه ووكالة  
عن المرأة .

وصحة هاتين الصورتين تقوم على وجود الصفة الشرعية للعاقد التي تجبى له  
تولي العقد ، فيثبت الحكم لسائر الصور التي تتوفر فيها الصفة الشرعية .

ولهذا شرط أبو حنيفة وعمد في صحة هذا العقد أن يكون للعاقد صفة

شرعية بالنسبة للطرفي العقد تجيز له إنشاء العقد . سواء كانت متحدة كالولاية عليهما أو الوكالة عنهما أو مختلفة . كالأصالة من جانب والولاية من الآخر أو الأصالة من جانب والوكالة من الآخر ، أو الوكالة من جانب والولاية من الآخر .

فإذا زوج الشخص ابنه الصغير بنت أخيه المتوفي إذا كانت في ولايته ، أو زوج امرأة لرجل قد وكله كل منهما في تزويجه ، أو زوج الرجل نفسه من بنت عمه التي في ولايته ، أو زوج الرجل نفسه امرأة وكلته في تزويجها منه . أو وكله رجل آخر في أن يزوجه ابنته ففعل .

فهذه خمس صور يصح فيها العقد لوجود الصفة الشرعية . وهي إما الأصالة في تزويج نفسه أو الولاية على الغير أو التوكيل من الغير .

ثم قالوا : إن المخطور السابق لا يوجد في عقد الزواج ، لأن أحكام العقد ترجع إلى الزوج والزوجة ، ومتولي العقد ما هو إلا سفير ومعبّر عنهما ، فعبارته قائمة مقام المبارتين ومعبّرة عن إرادتين فتكون إيجاباً بالنسبة لأحدهما وقولاً بالنسبة للآخر .

وبعد ذلك قالوا : إن الحديث الذي استبدل به الشافعي ومن وافقه ضعيف ، لأنه نقل بستدين في أحدهما راو ضعيف وفي الآخر راو قال عنه البخاري : إنه منكر الحديث فلا يصح للاستدلال به .

وأما ما عدا تلك الصور ففيها الخلاف في المذهب الحنفي . وهي ما إذا لم تكن له صفة أصلاً بالنسبة للطرفين ، أو كانت له صفة بالنسبة لأحدهما دون الآخر ، وهي مسألة تزويج الفضولي . فأبو يوسف يصحح العقد ويجمله موقفاً

بالنسبة لجانب الفضولي ، وأبو حنيفة ومحمد ذهباً إلى عدم صحته <sup>(١)</sup> .  
وفي المذهب الجعفري روايتان إحداهما عدم الجواز وثانيتهما الجواز وهي  
الراجعة عندهم ، لأنها مروية عن كبار فقهاءهم غير أن المأخذ الواحد يأتي بعبارتين  
تفيد أن الإيجاب من طرف والقبول من الآخر <sup>(٢)</sup> .

---

(١) وجه الفرق عندهما ( أبي حنيفة ومحمد ) أنه عند وجود الصفة الشرعية للمأخذ تكون  
قرينة على أنه قائم مقام الأصل ومعبّر عنه فتعتبر عبارته ، أما عند انعدام الصفة فلا توجد  
قرينة تدل على أنه قائم مقامه ومعبّر عنه فتكون عبارته ملغاة .  
(٢) فقه الإمام جعفر الصادق لمحمد جواد مغنية ج ٥ ص ١٨٥ .





## الفصل الثاني

### في شروط عقد الزواج

#### وفيه مباحث

تمهيد: يشترط في هذا العقد أنواع من الشروط . فشروط لانعقاده ، وأخرى لصحته ، وثالثة لنفاذه ، ورابعة للزومه ، وهذه أمور مرتبة في كل عقد . فالانعقاد هو الذي ارتبط فيه الإيجاب بالقبول ، وهذا الارتباط يسمى انعقاداً والصحيح هو المعتبر في نظر الشارع بأن يكون صالحاً لترتب الآثار عليه ، والنافذ هو الذي تترتب عليه آثاره في الحال ، واللازم هو الذي لا يكون لأحد العاقدين أو غيرها الخيار في فسخه بعد تمامه .

فالانعقاد هو الأساس ، فإذا وجد يأتي دور الصحة ، فإذا توفرت يبحث هل هو نافذ أو لا ، فإذا ثبت النفاذ يبحث فيه هل هو لازم أو لا ؟

فتلك مراتب أربع يتوقف وجود كل واحدة منها على توافر أمور تسمى في الاصطلاح بالشروط متى وجدت تحققت ، وإذا انتفت أو واحد منها انعدمت . فشروط الانعقاد هي التي يتوقف عليها سلامة الأمور الأساسية في العقد . وهي العاقدان والصيغة والمحل . فإذا تخلقت هذه الشروط أو بعضها لحق العقد خلل في أساسه ، ويعبر عن هذا الخلل بالبطلان ، ويسمى العقد حينئذ باطلاً .

وشروط الصحة هي التي يتوقف عليها صلاحية العقد لترتيب الآثار الشرعية

عليه ، فإذا تخلفت هذه الشروط أو بعضها كان العقد غير صالح لترتب تلك الآثار عليه . ويعبر عن هذا الخلل بالفساد . ويسمى ذلك العقد فاسداً .

وشروط النفاذ هي التي يتوقف عليها ترتيب الآثار على العقد بالفعل . وتختلف هذه الشروط بحمل العقد موقوفاً .

وشروط اللزوم هي التي يتوقف عليها بقاء العقد مرتباً . عليه آثاره ، فلا يكون لأحد الخيار في فسخه ورفع من أساسه .

وقبل تفصيل الكلام على هذه الشروط نقول إن تنوع شروط إلى الأنواع الأربعة السابقة إنما هو على رأي فقهاء الحنفية الذين يفرقون بين الفاسد والباطل في الزواج فجعلوا للانعقاد شروطاً يترتب على تخلفها البطلان ، وجعلوا للصحة شروطاً يترتب على تخلفها الفساد .

أما الذين لم يفرقوا بينهما وجعلوا غير الصحيح نوعاً واحداً يسمى بالباطل أو الفاسد فليس عندهم شروط للانعقاد وأخرى للصحة بل كلها شروط للصحة فأناواع الشروط للزواج عندهم ثلاثة .

ونحن إذا نظرنا لعقد الزواج غير الصحيح في المذهب الحنفي عامة وجدنا بعض صورته تختلف عن بعضها الآخر في ترتب بعض آثار الزواج عليها .

فن صورته ما لا يترتب عليه أي أثر منها فلا يجب به مهر ولا عدة ولا يثبت به نسب . كزواج الأخت والبنات وغيرها من المحرمات المتفق على تحريمها .

ومنها ما يترتب عليه بعض الآثار كوجوب المهر والعدة بعد التاركة أو التفريق وثبوت النسب إن أثمر هذا الزواج كاتزوج أخت امرأته التي طلقها بائناً أثناء العدة ، والزواج بغير شهود مما اختلف فيه الفقهاء .

وإذا كان الأمر كذلك فمن المستحسن التفريق بين النوعين واختصاص كل منهما باسم خاص فنسمي النوع الذي لا يترتب عليه أي أثر بالبطلان وما يترتب على الدخول فيه بعض آثاره نسميه بالفاسد على ما جرى عليه المحققون من فقهاء الحنفية . وسيأتي لذلك مزيد بحث عند الكلام على حكم الزواج وأنواعه إن شاء الله .

## المبحث الأول

### في شروط الانعقاد

يشترط لانعقاد الزواج شروط . منها ما يرجع إلى المأقّد ، ومنها ما يرجع إلى الصيغة ، ومنها ما يرجع إلى محل العقد .

فأما ما يرجع إلى المأقّد فشرطان :

أولهما : أن يكون كل من المأقدين أهلاً لمباشرة العقد بأن يكون مميزاً . سواء كان كاملاً الأهلية كالبالغ الرشيد أو ناقصاً كالصبي المميز<sup>(١)</sup> غير أن كامل الأهلية عقده نافذ ، وناقصها عقده موقوف .

فإن كان أحد المأقدين فاقده التمييز كالمجنون والصبي غير المميز فلا ينعقد الزواج ، لأن فاقده التمييز لا إرادة له عمومتاً انعدمت الإرادة انعدم للمقد .

وثانيهما : أن يعلم كل من المأقدين ما صدر من الآخر . بأن يسمع كلامه أو يرى إشارته ويعرف مراده منها . بأن يعرف أن هذه العبارة أو تلك الإشارة يقصد بها إنشاء العقد وإن لم يعرف معاني الكلمات اللغوية .

---

(١) هذا عند الحنفية ومن وافقهم ، وأما لأشاعرة فيشترطون كمال الأهلية للبطلان من العقل ، فلا يصح أن يتولى العقد الصغير المميز عندهم لكن الحنفية يحملون البطلان شرطاً للنفاذ كما يقول صاحب البدائع ج ٢ ص ٧٣٧ .

فلو لقنت امرأة غير عربية لفظ زوجتك نفسي فقالتها للرجل الذي يطلب زواجها وهي تعرف أن هذه الكلمة تقال لإنشاء عقد زواج انمقد للعقد وان لم تكن تعرف معناها اللغوي .

وأما ما يرجع إلى الصيغة « الإيجاب والقبول » .

فأولاً : اتحاد مجلس الإيجاب والقبول . ومعنى الاتحاد هنا ألا يصدر من العاقدين أو أحدهما ما يلغي الإيجاب بعد صدوره . كأن يرجع الموجب عن إيجابه قبل القبول ، أو يعرض الطرف الآخر فلا يجد ذلك القبول إيجاباً يرتبط به . فلا ينمقد العقد ، لأن المكان وان كان واحداً إلا أن وجود الفاصل بين الإيجاب والقبول بالعمل الأجنبي منع الاتحاد حكماً <sup>(١)</sup> .

هذا ومجلس عقد الزواج بالنسبة للتعاقد بطريق الرسالة أو الكتاب هو مجلس تبليغ الرسالة أو قراءة الكتاب أمام الشهود ، فلو بلغ الرسول الرسالة إلى المرأة ثم اشتغلت بشيء آخر ثم قبلت فلا ينمقد العقد ، وكذلك لو قبلت في مجلس آخر لعدم اتحاد المجلس فيها .

وليلاحظ هنا أن الفاصل بين ما يعد إعراضاً عن الإيجاب فيلغيه وما لا يعد إعراضاً فلا يلغيه هو العرف حسب كل عقد ، فما يعد في العرف إعراضاً يمنع انمقاد العقد ، وما لا يعد إعراضاً لا يمنع من الانمقاد .

---

(١) يرى بعض فقهاء الحنفية أن المراد باتحاد المجلس اتحاد المكان الذي ينشأ فيه العقد . ومن هذا قالوا : لا ينمقد العقد بين ماشين أو راكبين لشيء يستطيمان إيقافه عن السير . لأن المجلس تغير بتغير المكان . فكان مكان القبول غير مكان الإيجاب فلا يحصل التلاقي بينهما ، وأما إذا كانا يركبان شيئاً لا يملكان إيقافه كالسفينة مثلاً فإنه يعتبر المجلس واحداً . راجع البدائع وقس على القدير والبحر الرائق وتبيين الحقائق باب البيع .

ولعل ما قاله الفقهاء في تمثيلهم لما يغير المجلس وما لا يغيره كان مبنيًا على عرف زمانهم حيث لا نص يحدد ذلك .

وإذا لم يوجد نص يكون المرجع إلى العرف .

والشيعة الجعفرية في المشهور عندم اشتراط اتحاد المجلس في عقد الزواج وان كان بعضهم يرى عدم كونه شرطاً، يقول صاحب الجواهر : لا دليل على اعتبار اتحاد المجلس في عقد الزواج ولا في غيره من العقود وان كان المشهور في المذهب كونه شرطاً<sup>(١)</sup> .

ولا يلزم من اشتراط اتحاد المجلس أن يكون القبول فور الإيجاب ، لأن المراد كما قلنا ، ألا يوجد منها أو من أحدهما ما يلقيه ، فلو صدر الإيجاب وطال الوقت والمجلس قائم ولم يوجد رجوع من الموجب ولا اشتغال بشيء آخر ممن وجه إليه الإيجاب ثم صدر القبول انعقد العقد .

هذا إذا كان المقصد بين حاضرين ، فان كان بين غير حاضرين بكتاب مكتوب أو برسالة رسول فالقبول مقيد بمجلس تبليغ الرسالة أو قراءة الكتاب لأنه هو مجلس العقد في هذه الصورة كما قلنا .

ثانياً : أن يوافق القبول الإيجاب حتى يتلاقيا على شيء واحد ، ويتحقق اتفاق الإرادتين ، فإذا تخالفا تخالفا كلية أو جزئية لا ينمقد الزواج إلا في حالة ما إذا كانت المخالفة إلى خير للموجب فانه ينمقد ، لأن التوافق موجود وإن لم يكن صريحاً ، وتفصيل ذلك :

أن المخالفة إما أن تكون في محل العقد أو في مقدار المهر .

فإذا كانت في محل . مثل أن يقول الراغب في الزواج : زوجني ابتك

---

(١) فقه الإمام جعفر لـ محمد جواد مغنية ج ٥ ص ١٨٠ .

عائشة فيرد عليه بقوله: زوجتك ابنتي فاطمة، وفي هذه الصورة لا ينمقد العقد .

وان كانت في مقدار المهر بأن يقبل بأقل أو أكثر مما أوجبه الموجب فلا يخلو. إما أن تكون المخالفة فيها خير للموجب أو ليس فيها ذلك .

فان كانت ضارة مثل أن يقول الراغب في الزواج : زوجني ابنتك فلانة بمائة فيقول الآخر : زوجتكها بمائتين .

وفي هذه الحالة لا ينمقد العقد ، لأن الإيجاب والقبول تخالفا في المهر ، وهو وان لم يكن ركناً في العقد إلا أنه عند ذكره بمقداره مع الإيجاب يلتحق به ويصير كجزء منه فيجب أن يكون القبول موافقاً لهذا المجموع <sup>(١)</sup> .

وان كانت المخالفة فيها خير للموجب مثل أن يقول الراغب في الزواج : زوجني أختك فلانة بألف ليرة ، فيقول الآخر : زوجتكها بخمسمائة ، أو يقول ولي المرأة : زوجتك أختي بألف ليرة ، فيقول الآخر قبلت زواجها بألفين .

ففي هذه الحالة ينمقد العقد ، لأن المخالفة هنا فيها موافقة ضمنية لإيجاب الموجب ، والإرادتان متوافقتان ، فان من يلزم نفسه بالأكثر يقبل بالأقل ، ومن يقبل أن يزوج بنته أو أخته بالقليل لا يمانع في زواجها بالكثير .

غاية الأمر أن الزيادة في المهر من قبل الزوج لا تستحقها الزوجة إلا إذا قبلتها ، فلو لم تقبلها صراحة في المجلس لا يجوز لها بعد ذلك أن تطالب بها ، لأن التمليك لا يكون بدون قبول إلا في الميراث يجعل الشارع ، أما النقصان من جانب الزوجة فلا يشترط فيه قبول الزوج ، لأنه إسقاط وحط عنه وهو لا يحتاج إلى قبول .

---

(١) أما إذا لم يذكر مقدار المهر في العقد فان المتعاقدين يكونان واضعين مهر مثل الزوجة فيكون هو الواجب ، وكذلك لو بقياه في العقد يتم العقد ويجب مهر المثل إلا إذا اتفقا بعد العقد على مهر معين ، لأن المهر واجب في الزواج بإيجاب الشارع فلا يستطيع أحد إخلاء العقد منه .

وثالثاً : أن تكون الصيغة منجزة . بأن تكون مفيدة لمناها في الحال غير معلقة على أمر سيحدث في المستقبل .

أو مضافة إلى زمن مستقبل . كأن يقول الرجل للمرأة : تزوجتك فتقول قبلت لا خلاف بين الفقهاء في ذلك . فان علقه كأن يقول : تزوجتك إن قدم فلان من سفره وقبلت ، أو قال لها : تزوجتك في أول العام القادم فتقول قبلت فلا يتمدد العقد . لأن الزواج من التمليكات وهي لا تقبل التعليق ولا الإضافة ، لأن الشارع وضعه ليفيد حكمه في الحال بدون تأخير فتعليقه على أمر سيحدث في المستقبل يخرج عما وضعه الشارع له ويجعله محلاً للقامرة واحتمال حصول آثاره أو عدم حصولها . وإضافته تعطيل لعمله في فترة الزمن ما بين صدور الصيغة إلى مجيء الوقت المضاف إليه .

فكان كل منها منافياً لوضعه الشرعي فيبطل العقد معها . وسياقي لذلك مزيد تفصيل عند الكلام على أقسام العقد باعتبار التقييد والإطلاق إن شاء الله .

أما ما يرجع إلى المحل وهو المرأة المقود عليها فيشترط فيها .

أولاً : أن تكون أنثى بحقبة الأنوثة ، فلو عقد على غير الأنثى كالحنثى المشكل لا يتمدد العقد لعدم المحلية ويكون باطلاً ، فان زال الإشكال بأن غلبت فيه علامات النساء جاز العقد .

ثانياً : ألا تكون المرأة محرمة عليه تحريماً قطعياً لا شبهة فيه <sup>(١)</sup> .

---

(١) المرأة بالنسبة للتزوج بها ثلاثة أنواع : نوع متفق على تحريمها فيه لأنك ثابت بدليل قطعي لا شبهة فيه سواء كان تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً . ونوع يختلف في تحريمها لكون دليل التحريم ظنياً أو كان تحريمها مما يخفى على المرأة للاشتباه فيه . ونوع متفق على حلها فيه وهو من عدا ذلك .

لا يختلف في حرمتها سواء كان التحريم مؤبداً كالأم والبنت والاخت وباقي المحرمات ، أو مؤقتاً كزوجة الغير والمسلة بالنسبة لغير المسلم ، والوثنية بالنسبة للمسلم وهو ما يعبر عنه يكون المرأة محلاً أصلياً للزواج .

فإن عقد على واحدة من هؤلاء كان العقد باطلاً ، لأن هذه المرأة ليست محلاً أصلاً للزواج فيكون العقد خالياً من المحل والعقد لا يوجد بدون محله <sup>(١)</sup>

## المبحث الثاني

### في شروط الصحة

معنى صحة الزواج أن يكون العقد صالحاً لقرتب الآثار الشرعية عليه . ولكي يكون الزواج صحيحاً بعد انعقاده لا بد أن تتوافر فيه الشروط الآتية :

أولاً : ألا تكون المرأة محرومة على الرجل الذي يريد التزوج بها تحريماً ظنياً بأن كانت حرمتها ثابتة بدليل ظني أو مما يخفى تحريمها للاشتباه في أمره . كتزوج المرأة على عمتها أو خالتها فإنه ثابت بدليل ظني ، وتزوج المعتدة من طلاق بائن ، وتزوج أخت زوجته التي طلقها في أثناء عدتها لحقها كل منها والاشتباه فيه .

فهذا الزواج يكون منعقداً ، لأن المرأة محل للزواج في الجملة حيث يرى بعض الفقهاء صحته لكنه يكون فاسداً لعدم صلاحيته في ذاته لقرتب الآثار عليه ، وما يقرتب عليه من بعض الآثار جاء نتيجة الدخول بتلك المرأة بعد العقد . فإن وقع هذا العقد وجب التفريق بينها إن لم يفترق

---

(١) لأن العقد هو ارتباط بإيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله . وتزويج المرأة قطعياً ليس فيه ارتباط على وجه مشروع ولا يظهر له أثر في محل العقد .



باعتبارها ، ولا يجب به شيء إن وقع التفريق قبل الدخول ، فإن أعقبه دخول  
ترتب عليه بعض الآثار من وجوب المهر والعدة وثبوت التسبب إن أثر هذا  
الزواج . وهذا يعلم أن الزواج بالمرأة المحرمة يختلف حكمه باختلاف نوع  
التحريم . فإن كان قطعياً متفقاً عليه جعل العقد باطلاً ، وكان انتفاء هذه  
المحرمة شرطاً لانقضاء العقد .

وإن كان ظنياً أو مختلفاً فيه كان للعقد وجود غير أنه لا يصلح في ذاته  
لترتب الآثار عليه ، فإن أعقبه دخول ترتب على هذا الدخول بعض آثار  
الزواج لوجود العقد صورة . وكان انتفاء هذه المحرمة شرطاً لصحة العقد بحيث  
إذا تخلف هذا الشرط كان العقد فاسداً .

وهذه التفرقة مبنية على التفرقة بين الباطل والفاسد في الزواج كما يرى أهل  
التحقيق من فقهاء الحنفية . وهي التي تتفق مع اختلاف صور الزواج غير  
الصحيح كما أشرنا إلى ذلك من قبل .

وأما من لا يفرق بين الزواج الباطل والفاسد فقد سوى بين المحرمات كلها  
وجعل انتفاء المحرمة شرطاً لصحة العقد سواء كانت قطعياً أو ظنياً مختلفاً فيها  
أو مما يخفى أمرها للاشتباه فيها .

ورأى هؤلاء يضطرب عند الفصل بين صور الزواج غير الصحيح الذي لا  
يترتب عليه أي أثر والذي يترتب عليه بعض الآثار حيث لا يوجد عندهم  
فصل يفصل بين النوعين .

فالمنطق السليم يقضي بالتفرقة بين باطل الزواج وفاسده ، ويجعل الباطل منه  
غير منقذ ، والفاسد منقذاً غير صحيح .

ثانياً : أن يتولى العقد ولي المرأة . وهذا عند من لا يصحح الزواج بعبارة  
النساء وهم جمهور الفقهاء .

أما عند من يصحح الزواج بعبارتها وهم الحنفية والجعفرية فلا يشترطون هذا الشرط ، لأن للمرأة البالغة الرشيدة أن تزوج نفسها عندهم .

أما غير البالغة الرشيدة كالصغيرة والمجنونة فلا بد من الولي عندهم لا لصحة العقد فقط بل لوجوده أيضاً ، لأن عبارتها ملغاة لا اعتبار لها . وسيأتي تفصيل ذلك في موضعه ان شاء الله .

ثالثاً : أن يكون العقد أمام شهود ، وهذا الشرط غير متفق عليه بين الفقهاء بل اختلفوا في أصل اشتراطه كما اختلف القائلون به فيما تصح به الشهادة .

فالكلام عليه في موضعين : الأول في أصل الاشتراط ، والثاني فيما يعتبر في الشهود عند الشارطين .

أما الأول فقد اختلف الفقهاء فيه على قولين :

فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة <sup>(١)</sup> ، والأوزاعي إلى أن الشهادة شرط لازم في عقد الزواج لا يعتبر صحيحاً بدونها ، لأنه وإن وردت النصوص به مطلقة في القرآن إلا أن السنة قيدت هذا الإطلاق .

فقد روى الترمذي عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « البغايا الثلاثي ينكحن أنفسهن بغير بينة » <sup>(٢)</sup> .

وروى الإمام أحمد عن عمران بن حصين عن النبي ﷺ قال : « لانكاح إلا بولي وشاهدي عدل » .

---

(١) الإمام أحمد في الرواية المشهورة عنه أنه يشترط الشهادة لصحة العقد . وفي رواية أخرى أنه يصح بدون شهود . المغني ج ٦ ص ٤٥٠ .

(٢) قال الكمال في فتح القدير ج ٣ ص ٣٥١ : ولم يرفعه غير عبد الأطل في التفسير ووقفه في الطلاق .

كما روى الدارقطني عن عائشة قالت قال رسول الله : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل »<sup>(١)</sup> .

فهذه الروايات بقوى بعضها بعضاً وقد اشتهرت فتصلح لتخصيص العام في القرآن ( فانكحوا ما طاب لكم ) ، وتقيد المطلق فيه : « وأحل لكم ما وراء ذلك » .

وقد روى ذلك عن جمع من الصحابة منهم عمرو بن عبد الله بن عباس وغيرهم<sup>(٢)</sup> .  
وقد روى مالك في الموطأ عن أبي الزبير المكي أن عمر بن الخطاب أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة فقال : « هذا نكاح السر ولا أجيزه ولو كنت تقدمت فيه لرجعت »<sup>(٣)</sup> .

والشبهة الجعفرية لا يشترطون الشهادة في عقد الزواج فهو صحيح بدونها ، ولكنها أمر مستحب فقط كالإعلان .

جاء في تذكرة الفقهاء<sup>(٤)</sup> « يستحب الإعلان والأظهار في النكاح الدائم والأشهاد وليس الأشهاد شرطاً في صحة العقد عند علمائنا أجمع » .

ويقول الحلي في شرائع الإسلام<sup>(٥)</sup> لا يشترط في شيء من الأنكحة حضور شاهدين ، ولو أوقعه الزوجان سراً ولو تأمرا بالكتمان لا يبطل .

وجهاً رأيهم : بأن الله لم يذكر الشهادة في النكاح وذكر الشهادة في البيع

---

(١) منتقى الأخبار ج ٦ ص ١٠٧ .

(٢) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٩٥ .

(٣) الموطأ بشرح البابي ج ٣ ص ٣١٢ يريد أنه لو كان تقدم منه منع لثل هذا الزواج حتى يعلمه الناس لرجعت ولكنني لم أرجع لجل الناس به .

(٤) هامش ص ١٩٤ من المختصر للنافع .

(٥) ج ٢ ص ٨ .

والدين مع أن الشهادة في النكاح أكثر لما فيها من حفظ النسب وزوال التهم والتوارث وغيره من توابع النكاح ، فلو كان الأشهاد فيه شرطاً لما أمهل الله تعالى في القرآن لأنه منافي للحكمة .

كما استدلوا بما روي عن الباقر والصادق رضي الله عنهما من أنها صرحا بأن الزواج بغير شهود لا بأس به ، وإنما جعل الشهود من أجل المواريث والولده . وقد بينا أن القرآن وإن ورد مطلقاً في تشريعه فقد قيدته السنة . ولعل الأحاديث السابقة لم تصح عندهم .

على أننا لو صححنا الزواج بدون شهود لاختلط الحلال بالحرام ، وكان ذلك ذريعة للمعاصرة المحرمة حيث لا يعجز الفاسق الذي يعاشر امرأة في حرام عن دعوى أنه تزوجها .

كما يفتح ذلك أبواب الريبة والظن السيء ، لأن الناس إذا وجدوا رجلاً يتردد على امرأة تزوجها ولم يعلن زواجها ارتابوا في أمره وظنوا به الظنون .

وأيضاً فإن الزواج تترتب عليه حقوق لكل من الزوجين قبل الآخر من وجوب الطاعة ولزوم النفقة وحقوق الأولاد كالنسب والنفقات وغيرها . وهذه الحقوق لا يمكن إثباتها إلا إذا كان الزواج معلناً مشهوراً بين الناس ليخرج عن حدود السرية التي هي سمة تقيضه وهو السفاح .

ومن هنا نرى الشرائع كلها متفقة على إعلانه وإشهاره وإن اختلفت مسائلها في طرق الأعلات .

فالرسول يبين في غير حديث أن الشهادة أمر لا بد منه ، بل يبحث على إعلانه فيقول : « أعلنوا النكاح واضربوا عليه الدفوف » ويقول لعبد الرحمن بن عوف لما تزوج : « أولم ولو بشاة » .

وبهذا يترجح رأي الشارطين للشهادة<sup>(١)</sup> ، غير أنهم مع اتفاقهم على أن الزواج بدون شهود غير صحيح اختلفوا في وقت الشهادة ، فالألكية يذهبون إلى أنه لا يلزم أن تكون الشهادة وقت العقد وان كان ذلك مستحباً .

فلو دخل قبل أن يشهد كان عاصياً ويفرق بينها ، فالأشهاد شرط تمام كما يقول ابن رشد في بداية المجتهد<sup>(٢)</sup> ، أو كما يقول صاحب الفواكه الدواني في شرحه لرسالة ابن أبي زيد<sup>(٣)</sup> ، « إن أصل الأشهاد واجب وأما حضورهما عند العقد لمستحب وأما عند الدخول فواجب .

وقد استدلوا على عدم لزوم الشهادة عند العقد بقصة زواج رسول الله صفة بنت حبي التي رواها البخاري عن أنس قال : أقام رسول الله بين خيبر والمدينة ثلاثاً بنينا عليه بصفية ودعوت المسلمين إلى وليعة ... فقال المسلمون إحدى أمهات المؤمنين أو مما ملكت يمينه ، فقالوا : إن حبيبها فهي من أمهات المؤمنين ، وإن لم يحبها فهي مما ملكت يمينه . فلما ارتحل وطأ لها خلفه وسدل الحجاب بينها وبين الناس .

وجه الدلالة أن أصحاب رسول الله قالوا : إن حبيبها فهي من أمهات

---

(١) والظاهرية لم يشترطوا خصوص الشهادة بل شرطوا أحد أمرين الشهادة أو الإعلان . يقول ابن حزم في المحل ج ٩ ص ٤٩٥ : ولا يتم النكاح إلا بإشهاد عدلين أو إعلان عام .  
(٢) ج ٢ ص ١٥٠ وعبارته : اتفق أبو حنيفة والشافعي ومالك على أن الشهادة من شروط النكاح واختلفوا هل هي شرط قام يؤمر به عند الدخول ، أو شرط صفة يؤمر به عند العقد ، والفقهاء على أنه لا يجوز نكاح السر .

(٣) ج ٢ ص ١٥١ وراجع أيضاً المتنفي للباجي شرح الوطأ ج ٣ ص ٣٢ وما بعدها وفيه يقول : أما مقابلة الشهادة لمقد الزواج فلا خلاف أنه الأفضل . ويجوز عندنا أن يتمدد النكاح بغير شهادة ثم يقع الأشهاد بعد ذلك . وراجع أيضاً الشرح الكبير بمباشرة الدوسقي ج ٢ ص ٢١٦ . ففيه : إنه يفسخ العقد إن دخل بلا إشهاد بطلقة لصحة العقد بآئنة لأنه فسخ جبري من الحاكم .

المؤمنين ، ولو كان أشهد على نكاحها لعلوا ذلك<sup>(١)</sup> بالأشهاد . ثم قالوا : إذا كان  
الأشهاد واجباً بالحديث السابق ولم يفعله رسول الله عند العقد فيمتنع أن ينصرف  
الوجوب إلى ما بعد العقد قبل الدخول .

وذهب الأئمة الثلاثة « أبو حنيفة والشافعي وابن حنبل » إلى أن الأشهاد  
واجب وقت العقد ، لأن الحديث نفى الزواج بغير شهود ، والنفي مسلط هنا  
على الصحة ، فإذا وجد العقد بدون شهود كان غير صحيح<sup>(٢)</sup> .

وأما قصة صفية فلعلمها خصوصية لرسول الله حيث أبيع له من الزواج  
ألوانة لم تبح لغيره . كالزواج بغير مهر ، والجمع بين أكثر من أربع واكتفى بالوليمة  
لأعلان زواجه هنا .

على أن رسول الله قد ارتفع عن أن يكون موضع شبهة أو ظن سيء .

ولو سلمنا عدم الخصوصية وأنه تزوج بدون شهود على العقد فأين إظهاره  
قبل الدخول ؟ والرواية تصرح بأنه دخل بها بعد الوليمة ولم يعلم الصحابة بأنها  
زوجة إلا من إرضاء الحجاب ، فأما أن تأخذوا بهذا وحده وتنعوا اشتراط  
الشهادة أصلاً ، وإما أن تأخذوا بالحديث وتوافقوا الشارطين في كونها شرطاً  
عند العقد .

وهذا يكون العقد بمحضرة الشهود صحيحاً بالاتفاق ، ولكن لو أوصى  
الزوج الشهود بالكتان وعدم الإعلان هل يؤثر ذلك في العقد ويبطله أو لا ؟  
ذهب المالكية إلى أنه يبطل العقد ، لأنه يصير نكاح سر وهو باطل لأن

---

(١) شرط للموطأ للباجي .

(٢) حتى لو كان العقد موقفاً على الأجازة وحضر الشهود عند الأجازة ولم يحضروا عند  
العقد لم تجز الشهادة لأنها شرط في العقد والأجازة ليست عقداً بل هي شرط لتفاديه . وبعبارة  
بثبت حكم العقد مستنداً إلى وقت انقضاءه لا من وقت الأجازة البدائع ج ٢ ص ٢٥٦ .

المطلوب فيه الإعلان كما حض عليه رسول الله بقوله : « أعلنوا النكاح واضربوا عليه الندف » .

وذهب غيرهم من الحنفية والشافعية والظاهرية<sup>(١)</sup> إلى أن هذا لا يؤثر في العقد ولا يجعله سراً ، وكيف يكون سراً وقد حضره أربعة وهم الماقدان والشاهدان .

قال الشاعر : ألاكل سر جاوز اثنين شائع .

وقال غيره :

السر يكتمه الاثنان بينها . وكل سر عدا الاثنان منتشر

وأما الموضع الثاني : فقد اشترط القائلون بوجوب الأشهاد في الشهود شروطاً اتفقوا في بعضها واختلفوا في بعضها الآخر .

وأهم هذه الشروط . العقل والبلوغ والحرية والإسلام إذا كان الزوجان مسلمين ، والتعده ، وسماع كل شاهد كلام الماقدنين مع فهم المقصود منه إجمالاً .

أما اشتراط العقل والبلوغ والحرية فلأن الشهادة فيها معنى الولاية ، لأنها تلزم المشهود عليه بالمشهود به حيث ينبت عليها القضاء الملزم ، ولولا الشهادة ما كان قضاء ولا إلزام ، وليس لغير الأحرار البالغين العقل ولاية حتى على أنفسهم ، فكيف تثبت لهم ولاية على غيرهم ؟

ومن ناحية أخرى أن المقصود من حضور الشهود إظهار خطر هذا العقد بأجلانه وتكريره ، وبحضور غير هؤلاء لا يتحقق شيء من ذلك ، بل يكون عقده بحضور غيرهم استهانة به .

---

(١) واجع بداية المجهد ج ٢ ص ١٥ ، الحق لابن حزم ج ٩ ص ٤٩ .

وعلى هذا لا يصح العقد بحضور الصغار ولو كانوا مميزين والمجانين والعبيد<sup>(١)</sup>.

وأما اشتراط الأسلام فيما إذا كان الزوجان مسلمين ، فلما في الشهادة من معنى الولاية على المشهود عليه كما قلنا ولا ولاية لغير المسلم لقوله تعالى : « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » / النساء / ١٤١ .

ولأن من أغراض الشهادة على هذا العقد إعلانه وتكريمه ، وشهادة غير المسلمين على زواج المسلمين لا تكريم فيها ، ولا يتحقق بها إشهاره بين المسلمين ولأن لهذا العقد اعتباراً دينياً فلا بد من أن يشهده من يدين بدين الزوجين . وهذا الشرط في زواج المسلمين لم يخالف فيه أحد من الفقهاء الشرطين للشهادة .

ولكنهم اختلفوا فيما إذا كان الزوج مسلماً والزوجة كاتبة . فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنه لا يشترط لإسلام الشهود ، فيصح أن يشهد عليه كتابيان سواء اتفقا معها في دينها أو اختلفا معها فيه .

وذهب محمد بن الحسن وزفر من الحنفية والأئمة الثلاثة إلى أنه يشترط الإسلام<sup>(٢)</sup> ، لأن الشهادة على العقد الصادر من جانب الرجل المسلم والزوجة غير المسلمة ، فلو جوزنا هذه الشهادة للزم أن تكون شهادة غير المسلم على المسلم فيقع المخطور السابق وهو جعل لغير المسلم نوع ولاية على المسلم وهو ممنوع شرعاً .

---

(١) خالف في شهادة العبيد الإمام أحمد وجوز شهادتهم في الزواج حكماً نص عليه ابن قدامة في المغني ج ٦ ص ٤٥٣ .

(٢) يقول ابن قدامة في المغني ج ٦ ص ٤٥١ « لا ينمق النكاح إلا بشهادة مسلمين سواء كان الزوجان مسلمين أو الزوج وحده . نص عليه أحمد وهو قول الشافعي ، لأنه نكاح مسلم فلم ينمق بشهادة ذميين كنكاح المسلمين ، وراجع نبأية المحتاج ج ٣ ص ٢٢٠ .



مع أن هذه الشهادة وان تحقق بها إظهار الزواج بين غير المسلمين فلا يتحقق بها إظهاره بين المسلمين ، وليس فيها تكريم لهذا العقد الذي أحد طرفيه مسلم .

وأما أبو حنيفة وأبو يوسف فقد لاحظا في تجويز هذه الشهادة أنها شهادة على الزوجة فليس فيها شهادة غير المسلم على المسلم ، لأن عقد الزواج يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر واختصاص الرجل بهذا الاستمتاع ، فحقه ملك استمتاع يجعلها قاصرة عليه ، وحقها مجرد الحل بدون اختصاص .

وهذا يكون حقه عليها أقوى أثراً من حقها عليه في هذه الناحية ، والشهادة يراعى فيها الجانب الذي عليه الحق الغالب ، فيكون هو المشهود عليه ، فتؤول هذه الشهادة إلى أنها شهادة للزوج على الزوجة في راعى جانبها .

وهذا التوجيه وإن كانت له وجاهته وفلسفته إلا أنه يرد عليه : أن هذه الشهادة ليست على المرأة وحدها ، بل هي شهادة على زواج مشترك بين الرجل والمرأة ، وشهادة غير المسلمين وإن أثبتت حق الرجل على المرأة إلا أنها لا تتحقق إعلان الزواج وإظهاره بين المسلمين كما في شهادة غير المسلمين على زواج المسلم بالمسلمة .

وبلاحظ هنا أن عمل المحاكم في جمهورية مصر العربية على قول أبي حنيفة وأبي يوسف باعتباره الرأي الراجح في مذهب الحنفية ، وأن قانون المائسة جاء مطلقاً في الشهادة فمادته الرابعة والثلاثون تنص على أن :

« حضور شاهدين مكلفين أثناء عقد النكاح شرط في صحة النكاح ويجوز أن يكون الشاهدان من أصول وفروع الخاطب والمخطوبة » .

وأما التعمد فلأن الأصل في الشهادة المثبتة أن تكون من رجلين أو رجل وامرأتين لقوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما »

الأخرى / البقرة / : ٢٨٢ . فهذه الآية رسمت لنا طريق الشهادة وجعلت شهادة المرأتين مساوية لشهادة الرجل وبينت العلة في ذلك . وإذا كانت الآية جعلت الشهادة على هذا الوجه في الأمور المالية التي لا تشترط الشهادة لصحتها وإنما تطلب فيها على وجه التندب والاستحباب كما يرى جماهير العلماء - إذا استثنينا الظاهرية ومن وافقهم في أنها واجبة - فأولى أن تكون الشهادة النكاح على هذا الوجه لأنها شرط لصحته ، ولأن الأحاديث المثبتة للشهادة صرحوا بالعدد « لا نكاح إلا بشهود » ، ولا نكاح إلا بشاهدين . وقد قدمنا الآخر الذي رواه مالك في الموطأ عن عمر أنه أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة فقال : هذا زواج السر ولا أجزئه ولو كنت تقدمت فيه لرجعت .

فهرى أن هذا الزواج بهذه الشهادة الناقصة زواج سر ولا يجهزه ، وأن الوطء فيه زنى . غير أنه لم يرق الحد على الزوجين لجهل الزوجين بذلك لأنه لم يتقدم منه منع ثلث هذا الزواج حتى يعلمه الناس .

ومن هنا ذهب الحنفية إلى أن الشهادة في النكاح لا تكون إلا من رجلين أو رجل وامرأتين <sup>(١)</sup> .

لأن الأصل في الشهود أن يكونوا من الرجال ولا تقبل شهادة النساء وحدهن

---

(١) ويرى المالكية أنه لا بد من شاهدين من الرجال ، فلا يثبت بشهادة رجل وامرأتين لقوله تعالى في الطلاق أو الرجمة : « وأشهدوا ذوي عدل منكم » الفراهة الدواني شرح الرسالة ج ٢ ص ١٥١ ، والبالغي على الموطأ ج ٢ ص ٣١٣ وعباوتة : لا يثبت بأقل من شاهدين من الرجال ولا يثبت بشهادة رجل واحد وامرأتين . وكذلك الحنابلة كما صرح به ابن قدامة في المغني ج ٦ ص ٥١ ؛ للحدديث « وشاهدي عدل » الشافعية ، ففي نهاية المحتاج ج ٢ ص ٢١٩ ولا يصح النكاح إلا بحضور شاهدين شرطهما حرية وذكرورة وعدالة وسمع وبصر فلا يصح بحضور من انتفى فيه شرط مما ذكر . ويرى ابن حزم أنه يصح بشهادة أربع من النساء مستنداً إلى قول الرسول : « شهادة المرأة بنصف شهادة الرجل » المحلى ج ٢ ص ٩٥ .

في غير المواضع المستثناء ، وهي التي لا يطلع عليها الرجال ، فلا تكفي شهادة النساء منفردات في الزواج ، لأن من أغراض حضور الشهود إعلات الزواج وهو لا يتحقق بوجودهن ، لأنه يغلب عليهن - إذا كن مسلمات متأدبات بأدب الإسلام - الاستتار وعدم حضور مجالس الرجال ، فإذا وجد معهن رجل تحقق الإعلان بين الرجال والنساء .

وهناك بعض الصور يظهر فيها صحة الزواج بشاهد واحد . مثل ما إذا وكلت المرأة رجلاً لزوجها بحضورها وحضور شاهد واحد فإنه يصح ، كما يصح في صورة ما إذا وكل ولي الزوجة وكيلاً لمباشرة العقد بحضوره وحضور شاهد واحد أيضاً .

والحقيقة أنها شاهدان ، لأن في الصورة الأولى اعتبرت المرأة هي المباشرة للعقد والوكيل سفير ومعبّر عنها ، وفي الصورة الثانية يعتبر المباشّر للعقد شاهداً بالاعتبار السابق .

لكن يشترط في كل من صورتين أن تكون المرأة بالغة . ويمكن اعتبارها مباشرة للعقد في صورتين وليصح توكيلها في الصورة الثانية ، لأب القاعدة المقررة : أن الأصيل في العقد إذا كان حاضراً في المجلس يمكنه أن يباشر العقد بنفسه اعتبر هو المعاهد حكماً ويعتبر الولي أو الوكيل شاهداً .

أما إذا كانت صغيرة وزوجها أبوها بمحضرة رجل واحد فإنه لا يصح لأنه لا يمكن اعتبارها عاقدة فلم يكن ثمة إلا شاهد واحد<sup>(١)</sup> .

أما اشتراط سماع الشهود كلام المعقدين مع فهمهما المراد منه اجمالاً وإن لم

---

(١) والتوكيل بالزواج لا يلزم في صحته أن يكون أمام شهود . فلو قالت لآبيها وكنتك في زواجي بدون حضور شاهدين صح ذلك ولكن إذا أنكرت للتوكيل لم يكن عليها شهود ففائدة الشهادة على التوكيل إثباته عند إنكاره .

يفهم معاني المقررات ، لأن إعلان المقصد لا يتحقق بدون السماع والفهم ، فإذا عقدا بحضور من لا يسمع ولا يفهم المراد لا يصح العقد <sup>(١)</sup> .

فلو كان الشاهدان أصميين أو ثاقمين أو سكرانين لا يمي الواحد منهما ما يسمعه ولا يتذكره بعد إفاقته لا يتحقق الغرض من الشهادة بوجودهما .

واشترط السماع إنما يكون في العقد بالكلام ، فإذا كان بالإشارة كان الشرط رؤيتها وفهم المقصود منها ، فلو لم يز الشهود تلك الإشارة بأن كانوا مكفوفين البصر أو أروها ولم يفهموا المراد منها لا يصح العقد .

وأما عدالة الشهود فقد شرطها المالكية والشافعية والحنابلة <sup>(٢)</sup> والظاهرية واستدلوا بحديث « وشاهدي عدل » ولأن من أغراض الشهادة هنا إظهار شأن المقدون تكريمه ، ولا يحصل هذا التكريم بشهادة الفسقة لأنهم ليسوا أهلاً للكرامة

(١) كتب الحنفية تحكي خلافاً في المذهب بين فقهاءهم في هذا الشرط ( في السماع والفهم ) فمنهم من جعل الشرط هو حضور الشاهدين فقط وإن لم يسمعا . ومنهم من يقول لا بد من السماع وهو الأصح ، وكذلك بين من شرط السماع . هل يشترط الفهم . منهم من لم يشترطه فلو عقدا بحضرة شاهدين لا يعرفان لغتهما صح . ومنهم من يشترط الفهم وهو الأصح . وهكذا تختلف عبارات الكتب . ووفق بعض الفقهاء بين القولين « اشترط الفهم وعدمه » فقال : إن اشترط الفهم عمول على فهم المقصود إجمالاً من كلام الماقدين وأنها يقصدان عقد الزواج ، وعدم اشترطه عمول على فهم معاني الألفاظ بعد فهم أن المراد عقد الزواج فيكون الأصح في المذهب اشترط السماع والفهم إجمالاً المقصود ولا يشترط فهمهما لمعاني الألفاظ بل يكفي أن هذا اللفظ يقصد به الزواج . وراجع رد المختار لابن عابدين ج ٢ ص ٤٧٥ .

(٢) وراجع الفتن لابن قدامة ج ٦ ص ٥١ ، والمحلى لابن حزم ج ٩ ص ٩٥ ، والفرق بين الدراني ج ٢ ص ١٥١ . ولكن المالكية يقولون إن وجد المدل فلا يعدل عنه إلى غيره ، فإن لم يوجد المدل وقت العقد أو الدخول تصح شهادة المستور الذي لم يعرف بالكذب فإن لم يوجد استكمل الشهود كالثلاثين والأربعين . وراجع أيضاً نهاية المحتاج ج ٢ ص ٢١٩ وفيه ويشهد بمستورتي المدالة وهما المروغان بها ظهراً لا باطناً على الصحيح لأن النكاح يجري بين أوساط الناس والمروم ولو اعتبر فيه المدالة الباطنية لاحتاجوا إلى معرفتها ليصرفوا ممن هو متصف بها فيطول الأمر عليهم . والثاني لا يتعد بحضورهما لعدم . . بها .

في أنفسهم فلا يكرم العقد بحضورهم . كما أن من أغراضها توثيق العقد  
والتمسك من أنسابه عند أنكاره والتنازع فيه ، وشهادة الفسقة لا يثبت بها  
الزواج أمام القضاء بالاتفاق .

غير أنهم يكتفون بالمدالة الظاهرة في الجملة ، فيكفي أن يكون الشاهد مسـ .  
الحال لم يظهر فسقه ، لأن النكاح يكون في القرى والبادية وبين عامة الناس  
من لا يعرف حقيقة المدالة فاعتبار المدالة في الواقع فيه مشقة على الناس فاكتمى  
بظواهر المدالة تخفيفاً عليهم .

فان تبين بعد العقد أنه كان عند العقد فاسقاً لم يؤثر ذلك في العقد ، لأن الشرط  
المدالة ظاهراً وقد تحقق ذلك كما يقول ابن قدامة في المفتى .

وأما الحنفية فلم يشترطوا في الشهود المدالة فيجوز شهادة غير العدول في  
الزواج ، وان كان الكمال بن الهمام من علمائهم استظهر عدم جواز شهادة الفسقة  
في حال تلبسهم بالفسق .

ووجهوا رأيهم بأن الفاسق له أهلية لإنشاء عقد الزواج لنفسه ولغيره بالولاية  
أو الوكالة بلا نزاع ، فيكون أهلاً لأن يعقد الزواج بحضوره من باب أولى فيصالح  
شاهداً فيه ، وكونه لا تقبل شهادته لا يطمع في صحة تحمله لها لجواز أن يتحملها  
وهو فاسق ثم يزول عنه الفسق فتقبل شهادته . ومن هنا وضعوا ضابطاً لمن تقبل  
شهادته في الزواج فقالوا : كل من صلح أن يكون ولياً في الزواج بولاية نفسه  
يصالح شاهداً فيه وإلا فلا .

لأن الغرض من الشهادة على العقد ليس قاصراً على أدائها عند التنازع ، بل  
من أغراضها إظهار العقد وأشهاره بين الناس وهذا يتحقق بشهادة غير العدل .

وأما الحديث الذي استدل به الجمهور فهو ضعيف ، وعلى فرض سلامته من  
الضعف فالمتصود منه مجرد الإرشاد إلى ما هو الأفضل .

وأنت ترى أن هذا تكلف منهم في الرد على الحدث ، لأن عبارة الحديث صريحة في نفي صحة الزواج بنفي الشهود المدول ، وقد جاء في بعض رواياته « وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل » .

على أن الحنفية ليس لهم دليل على اشتراط أصل الشهادة إلا هذا الحديث فكيف يأخذون بعضه ويتركون بعضه .

وهذا يترجح رأى القائلين باشتراط العدالة :

ولما كانت الشهادة في الزواج عند الحنفية ليست مقصودة لإثباته عند أنكاره والاختلاف فيه بل لأشهاره وإخراجه من السرية إلى العلنية صبحوه بحضور من لا تقبل شهادتهم من فروع العاقدین أو أصولهما وإن كانوا ينعون هذه الشهادة في غير هذا الموضع .

فيجوز أن يتزوج الرجل بشهادة ابنه من غير الزوجة المقود عليها أو بشهادة أبيها من غيره ، كما يجوز أن يتزوجها بشهادة ابنه منها على ما هو المعتد في المذهب .

والسبب في ذلك : أن هذا الموضع لا تهمة فيه ولا شبهة . بخلاف غيره فإن الشبهة قائمة والتهمة موجودة ، لأن المقصود بها إثبات الحقوق ولذلك قالوا : إن شهادة هؤلاء وإن كان ينمقدها النكاح إلا أنه لا يثبت بها عند الأنكار فشهادتهم تنفع في حل الزوجة ديانة لا قضاء .

فالزواج له حالتان حالة الانعقاد ويصح فيها شهادة الأعمى والفاسق والأبى والأب ، وحالة الإثبات عند الأنكار وهذه لا تصح شهادتهم فيها ، بل يشترط في الشاهد على إثبات الزواج ما يشترط في غيره من العدالة وعدم التهمة .

ومن هنا قالوا : إذا كانت شهادة الأبى عند اختلاف الزوجين على أحد أبويه

تقبل لعدم التهمة وإن كانت له لا تقبل لوجود التهمة (١)

هذا والمعمول به في جمهورية مصر العربية مذهب الحنفية وقد عرفناه .

أما في لبنان فبالنسبة للجعفرية هو المقرر في مذهبهم . وهو عدم اشتراط الشهادة لصحة الزواج .

أما بالنسبة للسنيين فما قرره قانون العائلة في المادة ( ٣٤ ) ونصها :

( حضور شاهدين مكلفين أثناء عقد النكاح شرط في صحة النكاح ويجوز أن يكون الشاهدان من أصول وفروع الخاطب والمخطوبة ) ، وهو متفق في جلسته مع مذهب الحنفية ، لأنه لم يشترط في الشاهدين غير كونهما مكلفين . وظاهر أن هذه المادة لا تطبق على الجعفرية لأنها لا تتفق ومذهبهم .

كما أن المادة ( ٥٦ ) من ذلك القانون تنص على أن الزواج بغير شهود فاسد \* وهم يعتبرونه صحيحاً . (٢)

رابعاً : أن تكون الصيغة من الأيجاب والقبول مؤيدة غير مؤقتة بمدة فإن صحيحاً توقبت كان العقد فاسداً عينت المدة أو لم تعين كانت المدة قصيرة أو طويلة . فلو قال رجل لامرأة : تزوجتك مدة عام مثلاً وقبلت الزوجة ، أو قال لها : زوجيني نفسك مدة عشر سنوات أو فترة من الزمن أو مدة إقامتي في هذا البلد وقبلت كان العقد فاسداً . لأن العقد بهذه الصورة يكشف عن الغرض المقصود منه وهو مجرد الاستمتاع المؤقت ، والزواج لم يشرع لهذا

---

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٥٦ .

(٢) أما الطائفة الدرزية فإن حضور الشهود لا بد منه ولكنه لا يكفي في الشهادة أقل من أربعة . كما جاء بالمادة (١٤) ونصها يتم عقد الزواج بالإيجاب والقبول من الفريقين في مجلس العقد بحضور شهود . ويجوز أن يكون الشهود من أصول وفروع الخاطب والمخطوبة . على أن لا يقل عددهم عن الأربعة .

الفرض بل شرع للاستقرار والسكن وتكوين الأسرة . وهذا لا يكون مع التوقيت وهو متفق على عدم صحته ولم يخالف فيه إلا الشيعة القائلون يجوز زواج المتعة وسيأتي توضيح ذلك في تقسيم العقد من حيث الإطلاق والتقييد .

### المبحث الثالث

#### في شروط النفاذ

منه نفاذ العقد : أن تترتب عليه آثاره الشرعية ، فالعقد إذا كان مستوفياً لأركانه وشروط صحته لا تترتب عليه آثاره بالفعل إلا بشروط تسمى في عرف الفقهاء بشروط النفاذ . ويجمعها أن يكون لكل من العاقدين الحق في إنشاء عقد الزواج ، ويتحقق ذلك بكمال أهليتهما مع وجود صفة شرعية تجيز لهذا إنشاء هذا العقد . وكمال الأهلية بالحرية والبلوغ والعقل ، والصفة هي الأصالة أو الولاية أو الوكالة .

وعلى هذا إذا تولاه الزوجان مع كمال أهليتهما نفذ انعقد وترقت عليه آثاره عند من يصحح الزواج بعبارة النساء وهم الحنفية ومن وافقهم .

وإذا كان أحدهما ناقص الأهلية كالصغير المميز والمعتوه انعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة من له الأجازة ، لأن وجود أصل الأهلية يجعله منعقداً صحيحاً ونقصانها يجعله موقوفاً على الأجازة ليتمكن تلافي الضرر المحتمل من هذا العقد ، أما إذا كان أحدهما فاقده الأهلية كالجنون والصغير غير المميز فإن العقد يكون باطلاً كما قدمنا .

وإذا تولاه غيرهما من كملت أهليتهما فإن كان ولياً أو وكيلاً نفذ العقد .

وإن كان مجرداً من هذه الصفة انعقد موقوفاً على الأجازة ، لأن وجود الأهلية الكاملة يجعله منعقداً صحيحاً ، وعدم الصفة المخولة لإنشاء العقد يجعله



موقوفاً على الإجازة . ويسمى ذلك الشخص في عرف الفقهاء بالفضولي . ومثل  
الفضولي في هذا الوكيل إذا خالف مقتضى الوكالة . كأن يوكله في زواج امرأة  
مميّنة أو بمهر معين فيزوجه غيرها أو بمهر أكثر . فإن العقد يكون موقوفاً  
على إجازة الموكل .

وكذلك الولي البعيد إذا عقد الزواج مع وجود الولي القريب الكامل  
الأهلية ، فإن عقده يكون موقوفاً على إجازة القريب . وسيأتي بيان هذا في  
بحث الولاية .

وإذا زوج السفيه أو من عنده غفلة نفسه صح العقد ونفذ ولو كان محجوراً  
عليه ، لأن عقد الزواج تصرف شخصي لا يرد عليه الحبر ، وإنما الحبر على  
التصرفات المالية .

ولهذا لو تزوج امرأة بأكثر من مهر مثلها ثبت لها مهر المثل فقط ، ولو كان  
السفه في جانبها ورضيت الزواج بالأقل ثبت لها مهر المثل ، وإن سمى لها أكثر  
صحت التسمية إذا لم يكن سفيهاً وإلا فيقتصر على مقداره .

## المبحث الرابع

### في شروط الزوم

معنى لزوم العقد : ألا يكون لأحد الزوجين أو لغيرهما من يتعدى إليه  
ضرر العقد حق فسخه بعد تمامه <sup>(١)</sup> ، وعلى هذا يكون المراد بشروط الزوم هي

---

(١) قد يقال : إن للزوج حق الطلاق فهو يملك فسخ العقد مع لزومه . والجواب أن الفسخ  
نوعان : أحدهما ما كان سبب الفسخ فيه أمراً يتصل بإنشاء العقد كالفسخ بخيار البلوغ أو خيار  
الإفالة أو لعدم الكفاية على رأي . وهذا النوع ينقض العقد من أصله كان لم يكن =

الشروط التي اذا تحققت كلها لم يكن لأحد الحق في فسخ العقد، فان تخلفت تلك الشروط أو بعضها كان العقد غير لازم يجوز فسخه إذا طلب ذلك صاحب الشأن .

والأصل في عقد الزوج أن يكون لازماً لأنه شرع لمقاصد لا توجد إلا مع لزومه ، ولذلك لا يصح فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية كما في البيع عند كثير من الفقهاء .

غير أن هذا اللزوم لا يكون إلا إذا توفر الرضا الكامل من الجانبين ، فإذا وجد فيه ما ينقضه عند أحدهما ثبت له خيار الفسخ ويكون العقد غير لازم .

وعلى هذا يشترط للزوم عقد الزواج إجمالاً : أن يكون خالياً عما يوجب الفسخ .

ولما كان الموجب للفسخ يختلف باختلاف متولي العقد كان لا بد من تفصيل ذلك الشرط الجمل إلى الشروط الآتية .

أولاً : أن يكون الزوج كفئاً<sup>(١)</sup> للزوجة إذا زوجت نفسها وهي كاملة الأهلية . أي بالغة عاقلة رشيدة .

---

« وثانيهما : ما كان لعارض يمنع بقاء الزواج كالفسخ بردة أحد الزوجين أو بإيذاء الزوج عن الإسلام بعد إسلام الزوجة والفسخ بالمان . والطلاق ليس فسخاً بالمعنى الأول ، لأنه ينهي العقد ولا يرفقه من أساسه . وهو وإن كان فسخاً بالمعنى الثاني إلا أنه لا يتنافى مع لزوم عقد الزواج لأن الطلاق مشروع لضرورة ليكون علاجاً لحالة طارئة على الحياة الزوجية المفروض فيها أن تكون دائمة إذا أصبحت تلك الحياة ضرراً على طرفي العقد . ومن المفروض أن الضرر يزال » .

(١) الزوج الكفء هو المساوي للزوجة في أمور خاصة منها الدين والنسب . وسيأتي بيانها في بحث الكفاءة إن شاء الله .

فان لم يكن كفتاً لم يكن العقد لازماً إذا كان لها ولي عاصب<sup>(١)</sup> لم يرض بهذا الزواج ، فله حق الاعتراض وطلب الفسخ<sup>(٢)</sup> ، لأن الكفاءة حق مشترك بين الزوجة وأوليائها ، فإذا أسقطت حقها بقي حق الأولياء . لكن هذا الحق ثابت ما لم يسكت حق ثلده أو تحبل حبلاً ظاهراً ، فان حدث ذلك سقط حق الاعتراض ، لأن حق الولد هنا في المحافظة عليه وتربيته أقوى من حق الأولياء في الاعتراض . وهذا في الرواية الظاهرة عند الحنفية<sup>(٣)</sup> .

ثانياً : ألا يقل مهرها عن مهر أمثالها من قوم أبيها إذا زوجت نفسها ولو كان الزوج كفتاً لها ، فلو زوجت نفسها من كفاء بأقل من مهر مثيلها ولها ولي عاصب لم يرض بهذا الزواج كان العقد غير لازم ، وللولي حق الاعتراض وطلب الفسخ ، لأن الأولياء - كما يجري به العرف بين الناس - يفتخرون بكثرة المهور ويتعبرون بنقصانها .

وهذا الحق ثابت ما لم يقبل الزوج زيادة المهر إلى مهر المثل أو ثلث المرأة أو تحبل حبلاً ظاهراً ، فان حصل شيء من ذلك سقط حق الاعتراض عند أبي

(١) الولي العاصب هو القريب للمرأة قرابة لا تتوسط فيها الأنتى وحدها كالأب والجد لأب وان علا والأبن وابن الأبن والأخ الشقيق أو لأب والعم الشقيق أو لأب وهكذا . فان لم يكن لها ولي عاصب وقع عقدنا لازماً .

(٢) ولو فسخ للقاضي هذا العقد لا يعتبر فسخه طلاقاً بل هو رفع العقد من أساسه ، فإذا كان قبل الدخول والخلاعة الصحيحة لم يقرب عليه شيء من الآثار فلا مهر ولا ميراث اذا مات أحد الزوجين ، أما إذا مات أحدهما قبل فسخه رتب عليه الآل لأنه عقد صحيح نافذ ، فان حصل دخول أو خلاعة صحيحة وجب جميع المهر وثبت به حق التوارث ووجب العدة على المرأة بعد الفسخ وثبت نسب الولد من الزوج .

(٣) وفي رواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنها إذا زوجت نفسها بدون كفاء كان العقد غير صحيح حسماً للنزاع من أول الأمر ، لأن الولي قد لا يحسن الخصومة وان أحسنها فقد لا يمدل القاضي ، وقد يترك الولي الاعتراض أنفة من التردد على أبواب القضاء . فتح القدير ج ٢ ص ٣٩١ .

حنيفة<sup>(١)</sup> وهو الذي يجري عليه العمل في القضاء في مصر .

ومذهب الجعفرية أن رضا المرأة بزواجها من غير كفاءة أو بأقل من مهر المثل كاف في لزوم العقد ، ولا يتوقف على رضا الأولياء ، لأن الكفاءة والمهر حقان للمرأة وحدهما فإذا أسقطتها سقطا .

وعلى هذا يكون المعمول به في لبنان بالنسبة للجعفرين عيعدم اشتراط الكفاءة أو مهر المثل بمقتضى مذهبهم .

وأما بالنسبة للسنيين فيشترط في لزوم العقد أن يكون الزوج كفئاً سواء كان بمهر المثل أو بأقل منه كما جاء بالمادة ٤٧ من قانون حقوق العائلة . ونصها :

« لو كتمت الكبيرة وليها وزوجت نفسها لآخر بدون استئصال رضائه ينظر إن تزوجت كفءاً فالعقد لازم ولو كان بأنقص من مهر المثل ، أما إذا تزوجت شخصاً غير كفء فللولي أن يراجع المحاكم ويطلب فسخ النكاح » .

وإذا ثبت حق الاعتراض وطلب الفسخ للولي ورفع الأمر للقاضي فسخ الزواج ما لم يظهر الحمل بالمرأة كما جاء بالمادة الخمسين ونصها : « إنما يجوز للمحاكم فسخ النكاح بعدم الكفاءة قبل ظهور الحمل ورضاء الولي دلالة أو صراحة يسقط حق الفسخ » .

ولو رضي أحد الأولياء دون الآخر بزواج غير الكفاءة أو بأقل من مهر المثل سقط حق الباقي في طلب الفسخ ولزم العقد على القول الراجح في مذهب الحنفية .

---

(١) وعند الصاحبين إنه لا حق للولي في طلب الفسخ ، ينقصان المهر ما دام المسمى عشرة دراهم فأكثر ؛ لأن ما زاد على عشرة دراهم خالص حقها والذي يسقط حقه لا يمتزج عليه أحد .

وبهذا أخذ قانون حقوق العائلة في المادة ٤٩ ونصها : « رضاه أحد الأولياء المتساوين في الدرجة يسقط حق اعتراض الآخرين » ، وكذلك رضاه الولي البعيد في الدرجة إذا كان الولي الأقرب غائبا يسقط حق اعتراضه . »

وإنما يسقط حق الاعتراض في هذه الحالة لأنه ثبت بسبب مشترك لا يتجزأ وهو القرابة فلا يقبل التجزئ وأسقاط بعض ما لا يتجزأ إسقاط للكل . كالمتق مثلا .

ثالثا : أن يكون الزوج لفاقد الأهلية أو ناقصا كالمجنون والمعتوه والضعيف والصغيرة الأب أو الجده المعروفين بحسن التصرف والاختيار .

فإن زوج الأب أو الجد واحداً من هؤلاء كان العقد لازماً ، ولو كان الزوج من غير كفء أو بأقل من مهر المثل . حتى لو بلغ الصغير أو أفقر لمجنون وعقل لا يكون لها الحق في الفسخ ، لأن الشأن في الأب والجد المعروفين بحسن التصرف والاختيار أن يعملا على مصلحة من في ولايتها ، فإذا تساعلا وزوجا بغير الكفء أو بأقل من مهر المثل لا يكون ذلك إلا لمصلحة تفوق الكفاءة والمهر .

ومثلها في ذلك ما إذا زوج الابن أمه التي سلب عقلها بغير كفء أو بأقل من مهر المثل فإن العقد يلزم وليس لها حق طلب الفسخ إذا ما عقلت .

أما إذا كان الأب أو الجد معروفاً بسوء التصرف فإن عقدها يكون غير لازم ويثبت حق الفسخ عند البلوغ إن كان المزوج صغيراً ويسمى خيار البلوغ أو عند الأفاقة إن كان مجنوناً أو معتوهاً ويسمى خيار الأفاقة .

وكذلك إذا زوج واحداً من هؤلاء غير الأب والجد . كالأنثى والعلم وبسبب فإن العقد لا يكون لازماً حتى ولو كان الزوج بالكفء وبهر المثل ، لأن مدة هؤلاء وحرصهم على مصلحة من في ولايتهم لا تبلغ درجة الكمال فلا

تساوي شفقة الأب والجد ، فلاحتمال ألا يكون في هذا الزواج مصلحة ثبت  
حق الفسخ لهؤلاء .

ومذهب الجعفرية أنه إذا كان الزوج للصغير والصغيرة والبالغ فاسد العقل  
الأب أو الجد لزم العقد ولا خيار لهم عند البلوغ أو الأفاقة . وإذا كان الزوج  
لهم غيرها ثبت لهم الخيار عند البلوغ أو الأفاقة كما جاء في المختصر النافع (١) .

وابها : ألا يكون الزوج قد غرر في أمور تتفلق بكفائه . كأن يدعي  
نسباً معيناً ثم الزواج على أساسه ثم ظهر كذبه كان العقد غير لازم بالنسبة إلى  
طرف الزوجة فلها أو لوليها حق طلب الفسخ .

أما تقرير المرأة بالرجل فلا يمنع لزوم العقد ، لأن الرجل يملك الطلاق فله  
أن يطلق إذا ما ظهر له تقريرها ولا حاجة به إلى طئب الفسخ .

---

(١) ص ١٩٦ وما بعدها .

## الفصل الثالث

في طرق إثبات الزواج وتزويج الصغار

وفيه مبحثان

### المبحث الأول

في طرق إثبات الزواج

يثبت الزواج شرعاً بإحدى طرق ثلاث . الأقرار والبينة والنكول عن اليمين أي الامتناع عنه .

فإذا ادعى أحد الزوجين الزواج أو أمراً يتعلق به كالنكاح والنفقة مثلاً فإن أقر الطرف الآخر ثبت ، لأن الأقرار حجة على المقر ، ويكون الثبوت بتصادقها عليه ، فيكون تقريراً للواقع وإثباتاً لزوجية سابقة لا إنشاء لمقد الزواج وقت الأقرار ، والا لاحتاج الأمر إلى إشهاد عليه ولم يقل أحد من الفقهاء ذلك (١) .

وإن لم يقر طوّل المدعي بالبينة ، فإن أتى بشهود يشهدون على دعواه ثبت العقد ، فإن عجز المدعي عن إقامة البينة وجهت اليمين إلى الطرف الآخر

---

(١) يلاحظ هنا أنّ ثبوت الزواج بهذا الأقرار يتوقف على توافر شروط أملية النكاح للأقرار وألا يوجد مانع شرعي من قيام هذه الزوجية .

المنكر ، فإن حلف على أن هذه الدعوى غير صحيحة ، رفضت الدعوى ، وليس معنى رفضها أنها لا تسمع بعد ذلك ، بل يصح تجديدها إذا وجد المدعي شهوداً يشهدون له .

وإن امتنع المنكر عن اليمين قضى بثبوت الزواج ، لأن النكول عن اليمين إقرار على الرأي المفتى به في مذهب الحنفية وهو رأي صاحبين (١) .

ويرى الشافعية والجعفرية أنه إذا امتنع المنكر عن اليمين ردت على المدعي فإن حلف قضى له وإن امتنع ردت دعواه .

تلك هي الشروط التي شرطها الفقهاء في عقد الزواج ، وهذه طرق إثباته . وقد استنبطوها من النصوص وتطبيق القواعد الشرعية ، فإذا توافرت الشروط كلها كان العقد صحيحاً نافذاً لازماً شرعاً ولا اعتراض لأحد عليه . وإن تخلف منها شرط أثر في العقد حسب نوع ذلك الشرط ، فإن كان شرط انعقاد لم يوجد العقد ، وإن كان شرط صحة كان العقد غير صحيح وهكذا .

وهو ثبت إما بالإقرار من الطرفين أو باليمين أو النكول عن اليمين عند الاختلاف فيه كما سبق .

## مبحث الثاني

### في تزويج الصغار

موقف الفقهاء منه :

قديمًا اختلف الفقهاء في زواج الصغار غير البالغين .

(١) ويرى أبو حنيفة أنه لا توجه اليمين إلى من أنكر الزوجية . . . . . قول عن اليمين ليس . . . . . عنده فلا فائدة في توجيهاها .



فذهب الجماهير منهم إلى جوازه ومعهم الشيعة الجعفرية<sup>(١)</sup> وعدم اشتراط البلوغ في صحة الزواج ، لأن القرآن اعتبره صحيحاً ورتب عليه بعض آثار الزواج في قوله تعالى : « واللّٰثي ينسئ مسن الخيض من نساكنم إن ارتبتم فعهذهن ثلاثة أشهر واللّٰثي لم يحضن » / الطلاق / ٤ .

فقد جعل عدة الصغيرة التي لم تحض ثلاثة أشهر . ومعلوم أن هذه العدة لا تكون إلا بعد زواج صحيح يعقبه طلاق ولما ثبت من فعل رسول الله وأصحابه من بعده ، ولما قد يكون فيه من تحقيق مصلحة في بعض الحالات ، فقد يجيء الكفء يطلب زواج الصغيرة والولي حريص على مصلحة ابنته الصغيرة فيزوجها حتى لا يفوت الكفء إذا ما انتظر بلوغها حيث لا يوجد في كل وقت .

وذهب البعض كابن شبرمة وعثمان البني وإبي بكر الأصم إلى منع زواج الصغار واعتبره باطلا ، لأن القرآن جعل النكاح للبالغين في قوله سبحانه : ( وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ) فقد جعلت الآية بلوغ سن النكاح علامة على إتياء الصغر ، ولو كان الزواج يصبح للصغار لما كان لهذه الغاية معنى .

ولأن الزواج شرع للمعاشرة والتناسل وتكوين الأسر ، ولا يتحقق شيء من ذلك في زواج الصغار فيكون ضرباً من اللغو والعبث ، بل قد يترتب عليه الضرر ، فلا فائدة إذن من إقدام الأولياء عليه .

تلك وجهة كل من الرأيين باختصار ولسنا هنا بصدد ترجيح رأي على رأي ولكننا نقول : إنهم مع هذا الاختلاف اتفقوا على عدم تقييده ببلوغ سن معينة كسبع عشرة أو سبع عشرة الخ .. غير أن المانعين شرطوا لصحته البلوغ وهو

(١) كما صرح به كتبهم في عبارات كثيرة كما في المختصر النافع ص ١٩٦ / ص ١٩٧ .  
 وشرايع الإسلام ج ٢ صفحات ٣٨٠ ، ٣٨١ ، ٤١٠ .

في الأصل يكون بالعلامات الطبيعية ووقتها يختلف باختلاف الأشخاص ونومهم فإذا تأخرت العلامات الطبيعية في الظهور اعتبر البلوغ بالنسبة وهو يختلف من رأي لآخر .

ولكن حدثت أمور اقتضت إعادة النظر في سن الزواج وإلزام الناس برأي يطبق على الجميع ، فكانت للقوانين الصادرة جولة في هذا الأمر .

### موقف القانون

كان الناس يزوجون الصغار عملاً برأي جماهير الفقهاء القائلين بصحة زواج الصغار ، ولم يكن ثمة اعتراض لأحد على ذلك ، وكانت المحاكم في البلدان الإسلامية تسير على هذا الرأي فكانت تسمع دعوى الزوجية ولو كان الزوجان صغيرين أو أحدهما ، ولا يزال العمل جارياً على ذلك إلى الآن في بعض الدول الإسلامية كالسودان والسعودية .

ولما كان تزويج الصغار يترتب عليه بعض الأضرار الخلقية والاجتماعية كما هو مشاهد ومعروف فكرت الدولة العثمانية عند وضع قانون حقوق العائلة في علاج لهذه المسألة . فمنعت زواج الصغار أصلاً قبل سن معينة في المادة السابعة ونصها .

« لا يجوز لأحد أصلاً أن يزوج الصغير الذي لم يتم السنة الثانية عشرة من العمر والصغيرة التي لم تتم السنة التاسعة من العمر » .

وهي السن التي قرر فقهاء الحنفية قبول دعوى البلوغ من الفتى والفتاة فيه بالعلامات الباطنة عليه . كالاختلام في الفتى والحيض في الفتاة .

كما حددت سن الأهلية الزواج من الجنسين في المادة الرابعة من هذا القانون ونصها :

« يشترط لأن يكون الخاطب حائزاً أهلية النكاح أن يتم السنة الثامنة عشرة

والمخطوبة أن تتم السنة السابعة عشرة من العمر. وهي السن التي حددها أبو حنيفة للبلوغ بالنسبة إلى أن توجد العلامات الطبيعية الدالة على البلوغ قبل ذلك .

فقد حددت المادتان مبدأ أهلية الزواج واكتمالها لكل من الفتى والفتاة . فجعلت مبدأ أهلية الفتى سن الثانية عشرة فلا يصح عقد زواجه قبلها ، واكتمال أهليته سن الثامنة عشرة فيصح العقد بعدها دون توقف على شيء .

وفي الفتاة جعلت مبدأ أهليتها سن التاسعة بحيث لا يصح زواجها قبل بلوغها ، واكتمالها بالسابعة عشرة بحيث يصح تزويجها بعدها دون حاجة إلى استئذان الحاكم .

غير أن القانون لم يقتصر على هذا ، بل أجاز الزواج لها ما بين هاتين السنتين إذا أذن الحاكم لها بذلك في المادتين الخامسة والسادسة ونصها :

م - ٥ - « إذا راجع المراهق الذي لم يكمل السنة الثامنة عشرة من العمر وبين أنه بلغ فللحاكم أن يأذن له بالزواج إذا كان حاله يتحمل ذلك » .

م - ٦ - « إذا راجعت المراهقة التي لم تتم السنة السابعة عشرة من العمر وادعت أنها بلغت فللحاكم أن يأذن لها بالزواج إن كان حالها يتحمل ذلك بأذن وليها » .

فلزواج الأشخاص في نظره ثلاث مراتب :

الأولى : قبل سن الثانية عشرة للفتى والتاسعة للفتاة ، وفيها يكون الزواج غير صحيح أصلاً .

الثانية : ما بين الثانية عشرة والثامنة عشرة للفتى ، وما بين التاسعة والسابعة عشرة للفتاة وفيها يجوز الزواج إذا أذن الحاكم بعد أن يتبين له أن حالتها تتفق ودعواهما البلوغ مع أذن الولي في زواج الصغيرة .

**الثالثة :** ما بعد الثامنة عشرة للفتى والسابعة عشرة للفتاة والزواج فيها صحيح فأخذ غير موقوف على شيء .

وخلاصة موقف هذا القانون : أنه شرط لصحة الزواج البلوغ ، فحدد له حداً أدنى . يقطع بعدم حصوله قبله ، وحداً أعلى يقطع فيه بتحقيقه بعده ، وما بين الحدين جعله في مجال النظر المفوض للحاكم « أي القاضي » فان صدق الحال دعوى انبلوغ أذن وإلا فلا اذن . فيؤول في النهاية إلى أنه لا زواج إلا للبالغين وأما الصغار فلا يجوز زواجهم .  
ما عليه العمل في لبنان :

لما كان هذا القانون هو المطبق في لبنان فيكون العمل في المحاكم الشرعية السنية وفق هذا القانون وهو منع زواج الصغار وتقييد صحة الزواج بسن معينة على التفصيل السابق .

وفي المحاكم الجعفرية يطبق مذهبهم . وهو عدم التقييد بسن معينة ، لأن القانون لا يتفق ومذهبهم ، وقد شرطت المادة ( ١١١ ) من قانون تنظيم المحاكم الشرعية في تطبيق هذا القانون في حاكمهم ملامته لمذهبهم .

وفي المحاكم الدرزية يطبق قانونهم وهو يقيد سن الزواج بسن معينة ويمنع زواج الصغار بتفصيل قريب من التفصيل الموجود في قانون العائلة . والخلاف بينها في تحديد السن مع اشتراط اذن ولي الصغير والصغيرة في المرتبة الوسطى<sup>(١)</sup> .

ثم ان قانون العائلة شرط شرطاً شكلياً في إجراء عقد الزواج . وهو حضور حاكم القضاء الموجود فيه محل إقامة أحد الخطيبين أو نائبه المأذون أثناء العقد وينظمه ويسجله كما نصت المادة ٣٧ منه .

---

(١) ففي المواد من ١ - ٥ تحديد للسن الأدنى بست عشرة سنة للصغير وخمس عشرة سنة للصغيرة وجعل سن الأهلية ١٨ سنة للفتى ، ١٧ سنة للفتاة ، واشترط الاذن فيما بين ١٨٠١٩٦ سنة للفتى ونحوها بين ١٥ ، ١٧ بالنسبة للفتاة واشترطت في هذه الحالة اذن ولي كل من الصغير والصغيرة بينما اقتصر قانون العائلة على اشتراطه بالنسبة للفتاة .

بينما القانون الدرزي يجعل ذلك شرطاً لصحة العقد فالمادة ١٦ منه تنص على أنه « لا يكون عقد الزواج صحيحاً إلا إذا أجراه أحد شيوخ العقل أو قاضي المنهب أو من أتابه عنه لأجرائه » .

#### ما عليه العمل في جمهورية مصر العربية :

أما في مصر فلم يصدر تشريع يقيد سن الزواج بقيد يمنع من صحته بدونه فبقي زواج الصغار صحيحاً شرعاً وقانوناً تقترب عليه آثاره الشرعية ما دام لم يحصل فيه خلاف أو أنكار يؤدي إلى رفع الأمر إلى القضاء .

والتشريعات التي صدرت في هذا الموضوع تتعلق بإجراء عقد الزواج رسمياً أمام الموظف المختص ، ويساع دعوى الزوجية عند الاختلاف فيها ، وتتضمن شروطاً قانونية لا تمس صحة العقد شرعاً ، وإنما يترتب على تخلفها آثار قانونية لا تدخل لها في الحل والحرمة . وإليك هذه الشروط مع توضيح الباعث على وضعها .

#### أولاً - في إجراء عقد الزواج :

اشتراط القانون لأجراء الموظف المختص عقد الزواج وتسجيله في الوثائق الرسمية أو تسجيل المصادقة عليه <sup>(١)</sup> . بعد استيفائه الشروط الشرعية : ألا تقل سن الزوجة عن ست عشرة سنة ، و سن الزوج عن ثماني عشرة سنة وقت إجراء العقد أو وقت التصديق عليه .

جاء ذلك في الفقرة الثانية من المادة ٣٦٧ من لائحة المحاكم الشرعية الصادر بها القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ونصها : « لا يجوز مباشرة عقد الزواج ولا

---

(١) يراد بالمصادقة على عقد الزواج أن يقر الزوجان لدى الموظف المختص بتوثيق عقدهن الزواج بأنهما عقداً رواجهما في تاريخ سابق ويرغبان الآن في تسجيله وتوثيقه .

المصادقة على زواج مستند إلى ما قبل العمل بهذا القانون ما لم تكن سن الزوجة ست عشرة سنة ومن الزوج ثنائي عشرة سنة وقت العقد .

ومقتضى هذا النص أنه لا يجوز للموظف المختص مباشرة عقود الزواج أن يقوم بتحرير عقد زواج بين اثنين تقل سنهما عن السن المحددة وقت إنشاء العقد ، كما لا يجوز له أن يصادق على زواج مستند إلى ما قبل صدور القانون المذكور تقل فيه سن الزوجين عن ذلك .

وقد بينت المذكرة الأيضاحية لهذا القانون السبب الداعي إلى هذا التقيد كما بينت السر في التفرقة بين سني الزوجين فقالت : إن عقد الزواج له من الأهمية في الحالة الاجتماعية منزلة عظمى من جهة سعادة المعيشة المنزلية ، أو شقاها والعناية بالنسل أو إهماله ، وقد تطورت الحال بحيث أصبحت تتطلب المعيشة المنزلية استعداداً لحسن القيام بها ولا تستأهل الزوجة أو الزوج لذلك غالباً قبل بلوغ سن الرشد المالي (١) .

غير أنه لما كانت بنية الأنثى تستحكم وتقوى قبل استحكام بنية الصبي وما يلزم لتأهيل البيت للمعيشة الزوجية يتدارك في زمن أقل مما يلزم للصبي كان من المناسب أن يكون سن الزواج للفتى ١٨ سنة وللفتاة ١٦ سنة .

ولما تحايل الناس على هذا القانون ليوثقوا زواج الصغار بإخفاء شهادات الميلاد والاستشهاد بشهادات الأطباء أحياناً أو بشهود الزور أحياناً أخرى وضع المشرع عقوبة لمن يعقد هذا العقد وهو يعلم أنه مخالف للحقيقة أو يدلي بمعلومات كاذبة يعقد العقد بناء عليها .

---

(١) قد كان سن الرشد المالي وقت صدور هذا القانون ثنائي عشرة سنة ، ثم رفعت بعد ذلك إلى إحدى وعشرين سنة في سنة ١٩٤٧ بالقانون رقم ٩٩ حيث نصت المادة ١٤ منه على أن سن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة .

جاء ذلك بالمادة الثانية من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٣<sup>(١)</sup> .

## ثانياً - في سماع دعوى الزوجية :

اشترط القانون لسماع دعوى الزوجية أمام المحاكم أمرين :

أولهما : ألا تقل سن الزوجة عن ست عشرة سنة و سن الزوج عن ثمانى عشرة سنة هلالية وقت رفع الدعوى سواء أكان النزاع في نفس الزوجية أم في أثر من آثارها كالهرم والنفقة والطاعة والميراث كما جاء في الفقرة الخامسة من المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

وقد كان قبل ذلك لا تسمع دعوى الزوجين إذا كانت سن الزوجين أقل من السن القانونية وقت العقد سواء كانت سنهما وقت الدعوى بلغت ذلك أو لا ، كما نص عليه القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ الصادر بشأن تحديد سن الزواج فجاء هذا التعديل لتيسير أ على الناس وصيانة لحقوق الزوجية واحتراماً لآثارها حيث قصر المنع على حالة واحدة فقط وهي ما إذا كانت سنهما أو سن أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحددة .

فأصبح للمحاكم أن تسمع دعوى الزوجية إذا كان الزوجان قد بلغا وقت رفع الدعوى السن القانونية للزواج وإن لم يكونا قد بلغا هذه السن وقت عقد زواجهما . كما صرحت به المذكورة التفسير . فإذا كان سن الزوجين أو أحدهما

---

(١) ونصها يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين أو بغرامة لا تزيد على مائة جنيه كل من أبهى أمام السلطة المختصة بقصد إثبات بلوغ أحد الزوجين السن المحددة قانوناً لخصم عقد الزواج أقرالا يعلم أنها غير صحيحة أو سرور أو قدم لها أوراقاً كذلك متى ضبط عقد الزواج على أساس هذه الأقوال أو الأوراق .

ويعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على مائتي جنيه كل شخص خوله القانون سلطة ضبط عقد الزواج إذا عقده وهو يعلم أن أحد طرفيه لم يبلغ السن المحددة في القانون ..

تقل وقت رفع الدعوى عن السن القانونية فلا تسمع الدعوى ، وللمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم سماع الدعوى في هذه الحالة . وعدم سماع الدعوى شامل لدعوى الزوجية أو آثارها ما عدا دعوى النسب فانها بقيت كما كان الأمر قيل هذا القانون تسمع دعواه وإن لم يكن الزوجان بلغا هذه السن وقت العقد ، وإن لم يكن عقد الزواج موثقاً وعبارتها في هذا :

« وظاهر أن هذا المنع لا تأثير له شرعاً في دعاوي النسب بل هي باقية على حكمها المقرر كما كانت رغمًا من التعديل الخاص بدعوى الزوجية في المادة (١٠١) من اللائحة القديمة .

وثانيهما : وجود مسوغ كتابي يثبت الدعوى عند إنكار المدعي عليه <sup>(١)</sup> .

واشترط هذا كان في تعديل اللائحة سنة ١٨٩٧ ثم تنوع . المسوغ الكتابي في التعديلات التالية له إلى أن استقر على التعديل الأخير الصادر في أول أغسطس سنة ١٩٣١ ، ومعنى هذا أن حوادث الزواج قبل سنة ١٨٩٧ لا يشترط لإثباتها عند الإنكار وجود مسوغ كتابي وإنما يشترط فيما حدث منها بعد هذا التاريخ .

وقد جاء هذا المسوغ الكتابي مختلفاً في صورته تبعاً لاختلاف الفترات الزمنية فقسمته المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ إلى ثلاثة أنواع يشترط وجود كل منها في فترة محددة كما قسمت الفترات إلى أربع :

الأولى : حوادث الزواج السابقة على سنة ١٨٩٧ تثبت بالطرق الشرعية بالبيننة عند الإنكار سواء كانت الدعوى مقامة في حياة الزوجين أو بعد وفاة أحدهما ولا يشترط فيها مسوغ كتابي وإنما يشترط كون الدعوى مقامة من أحد الزوجين ، وأن يكون زواجهما مشهوراً بين الناس كما جاء في الفقرة

---

(١) أما إذا كان مقراً بالزوجية فيحكم بشروطها معاملة له بإقراره وهو حجة عليه .



الثانية من المادة السابقة، فإذا كانت الدعوى مرفوعة من غير الزوجين أو لم يكن زواجهما مشهوراً فلا تثبت الدعوى بالبينة .

الثانية - حوادث الزواج الواقعة بين سنة ١٨٩٧ وأول سنة ١٩١١ وثبتت فيها الدعوى في حياة الزوجين بالطرق الشرعية وبعد وفاة أحدهما يشترط لسماعها عند الإنكار وجود أوراق خالية من شبهة التزوير تدل على وقوع الزواج سواء كانت الدعوى مقامة من أحد الزوجين أو من غيرهما . كما جاء في الفقرة الأولى من تلك المادة .

الثالثة - حوادث الزواج الواقعة بين سنة ١٩١١ إلى آخر يولييه سنة ١٩٣١ وثبتت فيها الدعوى في حياة الزوجين بالطرق الشرعية ، وبعد وفاة أحدهما يشترط لسماعها وجود أوراق رسمية ومكتوبة بخط المتوفي وعليها أمضاه سواء كانت مقامة من أحد الزوجين أو من غيرهما كما نصت عليه الفقرة الثالثة .

الرابعة : حوادث الزواج الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ إلى الآن . وهذه لا تسمع فيها الدعوى عند الإنكار إلا إذا كانت ثابتة في وثيقة زواج رسمية سواء كانت الدعوى في حياة الزوجين أو بعد وفاتها أو بعد وفاة أحدهما . وسواء كانت مقامة من أحد الزوجين أو من غيرهما كما جاء بالفقرة الرابعة من تلك المادة .

والفرض الذي يهدف إليه المشرع من وضع هذين الشرطين وتقيد الاعتراف بالزواج رسمياً بهما يتلخص في الأمور الآتية .

١ - تلافي الضرر الصحي والاجتماعي الذي ينشأ عن زواج صغار السن ، لأن مسؤوليات الزواج عظيمة وخطيرة قلما يتحملها صغار السن . فحدد القانون تلك السن وفيها يكون الزوجان قد وصلوا في الغالب إلى حالة جسمية

وفكرية يستطيعان معها تحمل أعباء الزوجية من تكوين الأسرة وتربية الأولاد إلى غير ذلك مما شرع الزواج لتحقيقه .

٢ - حفظ الحقوق الزوجية الناشئة عن عقد الزواج بصيانة هذا المقدم من الميث والضياع بيجوده وإنكاره إذا ما عقد بدون وثيقة رسمية تم أنكره أحد الزوجين وعجز مدعيه عن إثباته بالطرق الأخرى ، ولو كان بيده وثيقة رسمية ما استطاع أحد إنكاره .

٣ - منع دعاوي الزواج الباطلة لأغراض سيئة كالطمع في المال أو الكيد للأخر . وقد كانت دعاوي الزواج لهذه الأغراض ترفع أمام المحاكم ولا يستطيع المدعي عليهم رفضها قبل هذا القانون .

وبعد صدوره سد الطريق أمامهم وحال بينهم وبين تلك الدعاوي الكاذبة.

هذا وليس معنى اشتراط القانون لسماع الدعوى بلوغ سن معين أو وجود مسوغ كتابي أن عقد الزواج الحالي منهما يكون باطلا ، بل هو صحيح شرعاً وقانوناً ، لأن صحته شرعاً لا تتوقف على شيء من ذلك . ولأن القانون لو لم يعتبره صحيحاً لاعتبرت مقاربة الزوج للزوجة الصغيرة هناك عَرَضٌ يعاقب عليه القانون ولا يمكن لأحد أن يقول ذلك .

وكل ما فعله هو أنه منع الموظف المختص من إثبات عقد زواج لم يبلغ الزوجان فيه السن القانونية كما منع القضاة من سماع دعوى الزواج ممن لم يبلغوا سن القانونية وقت رفع الدعوى مطلقاً سواء كانت الزوجية معترفاً بها أو غير معترفاً بها ، كما منعه من سماعها عند إنكارها إذا لم يوجد مسوغ كتابي لسماعها .

فقد شرط السن مانع من سماعها في حالتي الإنكار للزوجية والاعتراف بها .

وفقد المسوغ الكتابي مانع من سماعها عند الإنكار فقط . أما إذا كان معترفاً بها ومستوفاة شرط السن فانها تسمع ويكون ذلك كالتصادق عليها . وقد فعل ذلك تحقيقاً للأغراض السابقة مستنداً في هذا المنع إلى ما هو مقرر في الفقه الإسلامي من أن لولي الأمر أن يمنع القضاة من سماع بعض الدعاوى لما يراه من المصلحة في صيانة الحقوق من الضياع . فموقفه في هذا موقف سلبى رغبة منه في تقليل وقائع الزواج بين الصغار والحيولة دون وقوع دعاوى الزواج الكاذبة .



## الفصل الرابع

في أنواع الزواج من حيث الأطلاق والتقييد في صيغته

وفيه مباحث

تمهيد: صيغة عقد الزواج الصادرة من المتماقين إما أن تكون مطلقة عن القيود أو مقيدة . والمقيدة إما أن يكون القيد جزءاً منها أو خارجاً عنها .

ففي الحالة الأولى يكون العقد منجزاً مطلقاً وهو ما صدرت الصيغة فيه غير معلقة على شيء ولا مضافة إلى زمن مستقبل ولا مقيدة بوقت ولا مقرونة بشرط . والعقد فيها صحيح بالاتفاق تترتب عليه آثاره إذا كان مستوفياً لشرائطه السابقة كأن يقول الرجل للمرأة تزوجتك أو زوجيني نفسك فتقول قبلت أو زوجتك نفسي .

وفي الحالة الثانية إن كان القيد جزءاً من الصيغة فتحته أنواع ثلاثة المطلق والمضاف والمؤقت . وإن كان خارجاً عنها فهو المختار بشرط ، وإليك بيان هذه الأنواع الأربعة :

## المبحث الأول

### في الزواج الملق والمضام

١ - الملق : التملق هو الربط بين جلتين بأن يحمل تحقيق مضمون إحداهما موقوفاً على تحقيق مضمون الأخرى بأداة من أدوات التملق كإن وإذا .

والزواج الملق هو ما جعل تحقق الإيجاب والقبول أو أحدهما ملقاً على تحقق شيء آخر كأن يقول رجل لآخر : زوجتك ابنتي إن رضي أخي فيقول الآخر قبلت ، أو يقول الرجل للمرأة زوجيني نفسك فتقول زوجتك نفسي إن رضي أبي .

ففي كل منها تملق على شيء آخر فيربط وجوده بوجوده .

وحكم هذا الزواج يختلف تبعاً لوجود الشيء الملق عليه وعدمه وقت التملق . فإذا كان الملق عليه معدوماً وقت التملق لا ينقد العقد سواء كان ذلك المعلوم محقق الوجود في المستقبل . مثل إذا جاء الشتاء زوجتك ابنتي ، أو لم يكن محقق الوجود بأن كان محتمل وجوده وعدمه مثل إن رجحت من تجاركتك زوجتك ، أو إن نجحت في الامتحان تزوجتك ، فإن الربح والنجاح لا تقطع بوجودهما وكذلك لو كان مستحيل الوجود ، كما لو قال لها : زوجيني نفسك فقالت : إن شريت ماء هذا البئر كله زوجتك نفسي . لأن عقد الزواج من عقود التملكات وهي لا تقبل التملق ، ولأن الشارع وضعه ليفيد حكمه في الحال بدون تأخير فتعليقه على أمر سيحدث في المستقبل يخرجها عما وضعه الشارع له ويجعله محلاً للمقامرة واحتمال حصول آثاره أو عدم حصولها ، فكان تعليقه منافياً لوضعه الشرعي .

وإن كان الشرط الملق عليه متحقق الوجود في الحال . كأن يقول الرجل للمرأة : إن نجحت في الامتحان تزوجتك وقبلت وكانت ناجحة بالفعل فإن

العقد ينمقد في هذه الحالة ويكون صحيحاً ، لأن التعليل هنا صوري فقط وهو تنجيز في الحقيقة لأن الشرط موجود وقت العقد .

ومثل ذلك لو قالت : زوجتك نفسي إن رضي أبي وكان أبوها حاضراً في المجلس وقال : رضيت ، لأن رضا الأب يحمل كأنه متحقق قبل العقد وقد أخبر عنه في مجلس العقد .

٢ - المضاف : وهو أن يضيف الموجب الصيغة إلى زمن مستقبل . كأن يقول لها زوجيني نفسك في أول العام القادم فتقول قبلت .

وهذا لا ينمقد أصلاً لا في وقت العقد ولا في الزمن الذي أضافه إليه ، لأن الزواج مشروع ليقيد ملك المتعة في الحال ، والإضافة إلى المستقبل مانته من ترتب آثاره في الحال ، فتكون الإضافة منافية للمتضمن العقد فيلغو ، ولأن الأضافة لا تخرج عن كونها وعداً بالزواج حين يفي الوقت المذكور والوعد بالزواج ليس زواجاً .

## المبحث الثاني

### في الموقت

التوقيف : أن يقيد الصيغة بمدة من الزمن محددة أو غير محددة . طوية كانت أو قصيرة كأن يقول الرجل للمرأة : تزوجتك مدة سنة ، أو مدة إقامة في هذا البلد أو ما شابه ذلك . وهذا الزواج غير صحيح<sup>(١)</sup> لما قدمناه من أنه

---

(١) وفي رواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنها إذا سبها مدة لا يمشان إليها عادة صح العقد لكونه تأبيداً معنى . ورد ذلك الكمال بن الهمام في فتح القدير بقوله : ليس هذا تأبيداً معنى بل توقيف بمدة طوية والمبطل هو التوقيف فصدق عليه أنه زواج مؤقت . قل أنا نقول : أنه لا يدرى وقت العقد هل يمشان إليها فيكون غير دائم أو لا يمشان إليه فيكون مؤبداً

يتنافى مع مقاصد الزواج حيث لم يقصد به إلا مجرد التمتع بها في تلك الفترة .  
وخالف في ذلك زفر من الحنفية ذاهباً إلى أن هذا زواج اقترن بشرط فاسد  
والزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة. ويكون ذلك كما إذا عقد عليها مع اشتراط  
أن تبطلها بعد سنة مثلاً فإنه زواج مؤقت وقد اتفق أئمة المذهب على صحة  
العقد في هذه الصورة وإلغاء الشرط فيصبح العقد ويلغو التوقيت .

ولكن الراجح هنا هو الرأي الأول، لأن تقييد الصيغة بوقت يجعلها غير صالحة  
لأنشاء عقد الزواج المشروع لبناء الأسرة وتربية الأولاد ، بل التوقيت دليل على  
أنه قصد به مجرد المتعة في تلك الفترة المحددة فيكون من زواج المتعة المنسوخ ،  
وقياسه على صورة اشتراط التطليق غير صحيح لأن الأيجاب في المؤقت ورد  
على زواج مؤقت فالتوقيت جزء من الأيجاب والقبول فيفسدما : أما في صورة  
اشتراط الطلاق فالأيجاب ورد على زواج مطلق عن الوقت ولكنه أضيف إليه  
شرط فالتوقيت مضاف للأيجاب والقبول ومقارن لها وليس جزءاً منها فيلغو  
الشرط ويصح العقد .

### هل يفترق الزواج المؤقت عن زواج المتعة ؟

جهور الفقهاء من أهل السنة لا يفرقون بين زواج المتعة والزواج المؤقت فيها  
شيء واحد عندهم . فمنهم من يقول الزواج لأجل سواء بين الأجل أولاً هو  
المسمى بزواج المتعة ويفسخ بغير طلاق مطلقاً سواء كان قبل الدخول أو بعده<sup>(١)</sup> .  
ومنهم من يستدل على بطلانه بالنهي عن نكاح المتعة ويمثلون لها بأمثلة واحدة<sup>(٢)</sup> .

ولكن بعض فقهاء الحنفية يفرقون بينها بأن الزواج المؤقت يكون بلفظ  
النكاح أو الزواج مع حضور شهود وذكر في المدة ، وأما زواج المتعة

(١) الشرح الكبير مع حاشية السروقي ج ٢ ص ٢٣٩ .

(٢) شرح منهاج الطالبين ج ٣ ص ٢١٨ .



فيكون بلفظ من مادة المتعة أو التمتع أو الاستمتاع من غير حضور شهود . ولكن هذه التفرقة لم يرتضها الكمال بن الهمام <sup>(١)</sup> فقال : إن الزواج المؤقت نوع من زواج المتعة ، لأن زواج المتعة عقد مؤقت ينتهي بانتهاء الوقت سواء كان بلفظ المتعة أو بلفظ النكاح أو الزواج حضره شهود أو لا وهو لا يقصد به إلا التمتع والمؤقت لا يخرج عن هذا ، ولأن المتعة التي رخص فيها رسول الله ﷺ لم يقيد بها بلفظ المتعة ولا بكوفئها من مادة ( م . ت . ع ) وإنما عبر عنها الرواة بلفظ المتعة فقط . وهذا رد وجهه لأننا إذا رجعنا إلى مذهب الجعفرية القائلين بحواز نكاح المتعة نجدهم يسمونه النكاح المنقطع في مقابلة الدائم ، ويقولون : إنه ينعقد بالفاظ ثلاثة . زوجتك وأنكحتك ومتمتلك ، والأشهاد عندهم ليس شرطاً لافي الزواج الدائم ولا في المتعة <sup>(٢)</sup> فالتفرقة التي قالها بعض علماء الحنفية لا معنى لها فهما شيء واحد نعقد البحث الآتي لبيان موقف الفقهاء منه :

### المبحث الثالث .

#### في زواج المتعة

#### زواج المتعة بين المانعين والمجوزين .

وفي هذا البحث <sup>(٣)</sup> نتبّع هذا النوع من الزواج من مبدأ الاذن فيه ونسبر

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٣٨٤ .

(٢) المختصر النافع ص ٢٠٥ وما بعدها .

(٣) من مراجع هذا البحث البدائع ج ٢ ص ٢٧٢ وما بعدها . بداية الجتهاد لابن رشد ج ٢ ص ٥٠ ، الشرح الكبير بمحاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٣٩ ، منهاج الطالبين ج ٣ ص ٢١٨ ، المفنى لابن قدامة ج ٦ ص ٦٤٤ ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ج ٦ ص ١٤٤ وما بعدها . نصب الرأية في تخريج أحاديث الهداية ومن كتب الجعفرية شوانع الإسلام ج ٢ ص ٢٣ وما بعدها . والمختصر النافع ص ٢٠٥ وما بعدها ، ومن لا يحضره الفقيه ص ٢٩٦ ، لقد الامام جعفر الصادق للشيخ محمد جواد مغنية ج ٥ ص ٢٥ وما بعدها .

معه خطوة بخطوة لعرف ما طرأ على الترخيص فيه في حياة رسول الله ﷺ  
والتزاع الذي ثار حوله بعد وفاته وما استقر عليه أمره وموقف الفقهاء منه  
فتقول وبالله التوفيق :

ـ لا خلاف بين الفقهاء في أن هذا اللون من الزواج قد رخص فيه رسول الله ﷺ  
في بعض أسفاره ، وبعبارة أدق في بعض غزواته لأمر طارىء يدعو إليه .

ففي الحديث المتفق عليه - كما يقول صاحب منتهى الأخبار - عن ابن مسعود  
قال : كنا نفزو مع رسول الله ﷺ وليس معنا نساء فقلنا : ألا تختصي فنهانا  
عن ذلك ثم رخص لنا بعد أن نتكح المرأة بالثوب إلى أجل ثم قرأ عبدالله  
« يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ... الآية » .

وروى الترمذي عن سهل بن سعد قال : « إنما رخص النبي ﷺ في المتعة  
لعزية كانت بالناس شديدة ثم نهى عنها بعد ذلك » .

وروى أحمد ومسلم عن سيرة الجهمي أنه غزا مع النبي ﷺ فتح مكة قال :  
فألقنا بها خمسة عشر فأذن لنا رسول الله ﷺ في متعة النساء ... ثم قال فلم  
أخرج حتى حرمها رسول الله .

وفي رواية عنه ، أنه كان مع النبي ﷺ فقال : يا أيها الناس إني كنت أذنت  
لكم في الاستمتاع من النساء وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة ، فمن كان عنده  
منهن شيء فليخل سبيله ولا تأخذوا مما آتيتهم من شيئاً .

وروي عن علي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ « نهى عن نكاح المتعة  
وعن لحوم الحمير الأنسية زمن خيبر » متفق عليه .

وروى البخاري عن أبي جهم قال : « سألتنا ابن عباس عن متعة النساء فرخص  
فقال له مولى له : إنما ذلك في الحال الشديد وفي النساء قلة أو نحوه فقال ابن

عباس نعم « (١) .

فهذه الأحاديث كما ترى - منها ما اقتصر على الأخبار بالترخيص ومنها ما اقتصر على الأخبار بالتحريم ، ومنها ما جمع بين الأمرين بالترخيص والتحريم بعده . وكلها متفقة على أن الترخيص كان في حالات الغزو وليس فيها حديث واحد يفيد أنه رخص لهم فيها حالة الإقامة .

يقول الحازمي في التناسخ والمنسوخ بعد أن ذكر حديث ابن مسعود السابق ، وهذا الحكم كان مباحاً مشروعاً في صدر الإسلام ، وإنما أباحه النبي ﷺ لهم للسبب الذي ذكره ابن مسعود ، وإنما ذلك يكون في أسفارهم ولم يلقنا أن النبي ﷺ أباحه لهم وهم في بيوتهم ، ولهذا نهاهم عنه غير مرة ثم أباحه لهم في أوقات مختلفة حتى حرمه عليهم في آخر أيامه ﷺ وذلك في حجة الوداع ، وكان تحريم ثابت لا توقيت فلم يبق اليوم في ذلك خلاف بين فقهاء الأمصار وأئمة الأمة إلا شيئاً ذهب إليه بعض الشيعة (٢)

هذا ما كان في حياة رسول الله ﷺ ترخيص ثم نهي ، وترخيص ثم نهي إلى أن نهي عنها نهي تحريم إلى يوم القيامة ، ومن هنا حكى عن بعض الصحابة القول يجوزها بعد وفاة رسول الله ﷺ كمعبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود . كما حكى عن عمر أنه قال : متعتان كانتا على عهد رسول الله ﷺ وأما أنني عنهما وأعاقب عليهما متعة النساء ومتعة الحج ، ويظهر أن أمر النسخ لم يبلغ هذا النفر من الصحابة فأفتى بالإباحة بعد وفاة رسول الله ﷺ وبخاصة إذا ثبت أنه ﷺ أباحها غير مرة عندما يوجد ما يقتضيها ثم ينهي عنها عقب كل مرة عندما يزول السبب .

(١) متنى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ١١٤ .

(٢) المرجع السابق ص ١١٥ .

وهذا ما دعا عمر إلى أن يقول مقالته السابقة ، إن صحت .

وأثر عن الإمام الشافعي أنه قال : لا أعلم شيئاً أحله الله ثم حرمه ثم أحله ثم حرمه إلا التمة .

ومع ذلك ثبت الإنكار على من أفق بها بعد رسول الله وقصة إنكار عبد الله بن الزبير على ابن عباس مشهورة حتى إنه توعد من يثبت أنه فعلها بالرجم ولا رجم إلا على الزنا .

وقد روي عن ابن عباس أنه قال - لما شاع عنه القول بموازها المطلق - والله ما بهذا أفنيت وما هي إلا كالميتة والدم ولحم الخنزير لا تحل إلا للضطر ، كما حكى عنه أنه رجع إلى ما اتفق عليه الصحابة وصرح بأن قوله تعالى «فما استمتعتم به منهن» نسخه قوله عز وجل «يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعلتهن» ، كما روي عن ابن مسعود مثل ذلك .

لكل هذا ذهب الجماهير من الفقهاء إلى أن زواج التمة منسوخ وكل عقد يعقد على صفتها باطل يجب فسخه .

وفي رواية عن الإمام أحمد ( غير المشهورة ) أنه بكراهه ويصح<sup>(١)</sup>

وذهب الشيعة الجعفرية إلى بقاء مشروعيتهما لأنه لم يثبت عندهم نسخها كما يقولون ، وقد كان يكفي جماهير الفقهاء فيما ذهبوا إليه من أنها نسخت بعد الترخيص فيها ما قدمناه من الأحاديث الدالة على ذلك ولكنهم اضطروا إلى الاستدلال بأدلة أخرى مع ما سبق ليقابلوا بها أدلة القائلين ببقاء شرعيتهما التي تفيد بظاهرها أنها مشروعة على أنها حكم أصلي لا رخصة أبيحت لضرورة.

واليك أدلة الفريقين :

استدل الجعفرية أولاً بقوله تعالى «فما استمتعتم به منهن فأتوهن أجورهن»

---

(١) حاشية المفتي ج ٣ ص ٤٨ .

والإستدلال من ثلاثة أوجه أحدها : إنه ذكر الاستمتاع ولم يذكر النكاح والاستمتاع والتمتع واحد .

والثاني أنه أمر بإبتاء الأجور فسمى ما يعطى للمرأة نظير التمتع بها أجرا والتمتع عقد إجارة على منفعة البضع .

والثالث : أنه تعالى أمر بإبتاء الأجر بعد الإستمتاع وذلك يكون في عقد الأجارة والتمتع فأما المهر فإنما يجب في النكاح بنفس العقد ويؤخذ الزوج بالمهر أولا ثم يمكن من الاستمتاع فدللت الآية على جواز عقد التمتع .

ثانيا : قالوا : إن عبد الله بن مسعود قرأ هذه الآية « فما استمتعتم به منهن » إلى أجل مسمى « وهو صريح في التمتع .

ثالثا : قالو : إن إباحتها جمع عليها والمجمع عليه قطعى وتحريمها مختلف فيه والمختلف فيه ظني والظني لا ينسخ القطعى .

وأستدل المانعون بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب فقولوه عز وجل في وصف المؤمنين « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم » وهى تفيد أن الفروج لا تحل إلا بأمرين الزواج وملك اليمين والتمتع ليست بزواج لأنها ترتفع من غير طلاق ولا فرقة ولا يجري بينهما التوارث ولا تجب بها النفقة كما هو مقرر عند المحييين للتمتع . وإذا لم تكن زواجا لم تكن المتمتع بها زوجة وليست بملك يمين وإلا لجاز بيعها وهبتها . وإذا انتفى عنها الأمران الميسعان بقى غيرها على التحريم يشير إليه قوله جل شأنه بعد ذلك « فمن ابتنى وراء ذلك فأولئك هم العادون » حيث سمى المبتنى بغير هذين الشئتين عاديا فتكون التمتع عدوانا .

وقوله تعالى : « وليستعطف الذين لا يعبدون نكاحا حتى يغنيهم الله من فضله »

ولو كانت المنة جائزة لم يأمر بالاستغفار من لا يجد قدرة على نفقات النكاح .

وأما السنة فقد دلت الأحاديث السابقة على أن رسول الله نهي عن المنة بعد الترخيص فيها أكثر من مرة وقد قدمنا بعضها .

وأما المقول : فإن النكاح لم يشرع لقضاء الشهوة فقط بل لأغراض ومقاصد أسمى من ذلك يتوصل به إليها كتحقق السكن بين الزوجين والنسل وتكوين الأسرة . والمنة لا تحقق شيئاً من ذلك فلا تكون مشروعة .

المنافسة لأدلتهم :

وأما ما احتج به المعجزون لها فيرد عليه ما يلي :-  
أما الآية فإنها لا تدل على مدحهم إلا إذا جعلنا هذا الجزء منها مستأنفاً منقطعاً عما قبله وهو لا يصح عربية لأن الفاء تجعل ما بعدها مربوطاً بما قبلها فالعطف بها بأي قطع ما بعدها عما قبلها والابتداء بها .

والآية من أولها في النكاح المشروع وهذا يحمل قوله تعالى « فما استمتعتم به منهن » في التمتع بالنساء بطريق النكاح لا بالمنة ، ولأن الله يقول في آخر الآية « ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم إلى قوله » ذلك لمن خشي العنت منكم وأن تصبروا خير لكم ، وهو يمنع من دلالة الآية على حل المنة ، لأنها لو كانت جائزة لما اضطر الناس إلى نكاح الإماء ، وتقييده بخوف العنت وجعل الصبر على ترك نكاحهن خيراً من ذلك النكاح .

فأول الكلام في النكاح وآخره « ومن لم يستطع منكم طولاً » في النكاح أيضاً . فجعل « فما استمتعتم به منهن » في حل المنة يقطع الكلام عن سابقه ولا حقه

وأما قولهم إن الله ذكر الاستمتاع ولم يذكر النكاح فلا يفيدهم ، لأن المراد به الاستمتاع بالنكاح ، لأن أول الآية وآخرها في النكاح فيكون ما بينها في النكاح وإلا قطع الكلام عن سابقه ولاحقه وهو يفكك النظم الكريم ولا يمنع من ذلك تسمية الواجب أجراً لأن الله سمي المهر أجراً في غير آية في قوله تعالى : « فانكحوهن بإذن أهلن وآتوهن أجورهن » أي مهرهن ، وقوله تعالى : « يا أيها النبي إنا أحلنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن » فقد سمي مهر رسول الله أجراً . ولم يرو أن رسول الله منع بما أباحه لهم .

وأما قولهم إن الله أمر بإيتاء الأجور بعد الاستمتاع بهن والمهر يجب بنفس النكاح ويؤخذ قبل الاستمتاع فلا يدل على أن المراد المتعة . لأن الآية جهات لتؤكد حق الزوجة في تمام المهر متى استمتع بها الزوج ولتزيل من الأفهام ما قد يظن أن الزوجة لا تستحق تمام المهر إلا بعد تمام الاستمتاع . كما كان سائداً عندهم وكما هو متعارف عند الناس الآن من تقسيم المهر إلى ممجل ومؤجل وأن المؤجل لا يستحق إلا بالموت أو الطلاق أيهما أقرب ، لأن حق الزوجة في تمام المهر يتأكد بمجرد الدخول .

وأما ما نسب لابن مسعود من قراءة « إلى أجل مسمى » فغير ثابت ، ولو فرض ثبوته فلا يدل على المتعة ، لأن لفظ إلى أجل مسمى متعلق بالاستمتاع لا بنفس العقد ، والمدة المتعينة في المتعة إنما تكون متعلقة بنفس العقد لا بالاستمتاع كما هو مقرر عندهم ، لأنهم جعلوا تعيين الأجل شرطاً لصحة العقد ، فإذا لم يعين الأجل فيه لا يكون متعة . ولذلك قالوا : لو وهبها المدة قبل الدخول لزمه المهر .

وأما قولهم : إن إباحتها جمع عليها والجمع عليه قطعى وتحريمها يختلف فيه والختلف فيه ظني والظني لا ينسخ القطعى .

فالمجواب عنه أن الأجماع قائم على أصل إباحتها واستمرارها مختلف فيه فلا استمرار ظني .

ونحن نقول : إن النسخ بالدليل الظني إنما هو لاستمرار الحل لا نفس الحل فيكون من نسخ الظني بالظني . فإن قالوا إن المنسوخ هو الحل وهو مجمع عليه قلنا لهم : إنه بعد رجوع المخالفين من الصعابة عن القول بإباحتها ثم الأجماع على نسخها فتساريا .

وإذا رجعنا بهم إلى ما قبل الأجماع على إباحتها لنسألهم عن الدليل المبيح لها أولاً لأنهم لا يعترفون بالأجماع كدليل . فإن قالوا : إنها ثابتة بالقرآن . قلنا لهم إن كان ثبوتها بقضيه « فما استمتعتم به منهن » فهو لا يدل عليها إلا ظناً على تفسيركم حيث إنها تحتمل معني آخر وهو الاستمتاع بالنكاح ، بل هو الراجح وإذا كانت ظنية في دلالتها جاز نسخها بالسنة الناهية للظنية في ثبوتها .

وإن قالوا : هي ثابتة بقراءة ابن مسعود وابن عباس ( إلى أجل مسمى ) قلنا إنها قراءة شاذة - إن صحت - لأنها من أخبار الآحاد ، والقراءة الشاذة ليست قرآناً ولا سنة على رأى فليست حجة ، وعلى القول بأنها حجة ( لأنها تؤول إلى السنة المتقوله عن الرسول تفسيراً ) فهي حجة ظنية فتصلح الأحاديث لنسخها .

وأن قالوا : إنها ثابتة بالسنة ولم يثبت عندنا نسخها قلنا لهم : إن الأحاديث الواردة بشأنها كما قدمنا ثلاثة أنواع . نوع اقتصر على الترخيص ونوع اقتصر على النهي عنها ، ونوع ثالث جمع بين الترخيص والنهي فلم أخلوا بالنوع الأول فقط وعركوا بقية الأحاديث ؟

فإن قالوا : إن هذه الروايات الناسخة مضطربة ، لأنها اختلفت في زمن نسخها قلنا إن هذا ليس اضطراباً ينزل بالأحاديث إلى درجة عدم العمل بها ، لأن غاية



ما فيها أنها بينت أن النهي عنها تكرر أكثر من مرة ، وهذا ليس اضطراباً لأن ذلك يدل على أن رسول الله أباحها أكثر من مرة ، وفي كل مرة ينهى عنها بعد زوال الحاجة ، فكل واحد روى ماسمعه في الوقت الذي سمعه فيه .

وهذا شأن السنة في روايتها . على أنا نقول لهم إنه ثبت عن علي كرم الله وجهه أنه قال « لا أعلم أحدا تمتع وهو محصن إلا رجته بالعجارة » وأنه قال لابن عباس قبل رجوعه عنها « إنك تائه إن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء .

» وأخيراً نقول إن الأحاديث المثبتة لها كلها متفقة على أنها رخصة أباحت وقت الحاجة الملحة لها قبل وقفتم بها عند ذلك وقتتم إنها مشروعة للضرورة فيقتصر عليها ؟

إن المقرر في المذهب الجعفري أنها مباحة في كل وقت ولكل شخص مقيماً كان أو مسافراً<sup>(١)</sup> . ولاحد للعدد المباح فيها ، بل جعلها طريقاً لحل الفروج مثل النكاح وملك اليمين .

ففي كتاب من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٤١ روى عن الحسن بن زيد قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : « تحل الفروج بثلاثة وجوه نكاح موروث ، ونكاح بلا ميراث ، ونكاح بملك اليمين » .

ولو كانوا وقفوا بها عند رأى ابن عباس المروي عنه قبل رجوعه وهو أنها كالميتة والدم ولحم الخنزير لا تحل إلا للمضطر لكان لهم شبهة في القول بجلها .

ويظهر أن أئمة الشيعة الأوائل كانوا يقيدون حلها بوقت الحاجة . جاء في كتاب

---

( ١ ) ففي من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٩٤ سئل أبو عبد الله عليه السلام عن التمتع أمي من الأربع قال ولا من السبعين . وفي رواية : هي كحبض إصمك .

ومسائل الشيعة<sup>(١)</sup> إن علي بن يقطين سأل الإمام الرضا سفيد الإمام جعفر الصادق عن المتعة فقال له : ما أنت وذلك قد أغناك الله عنها .

وسأله آخر فقال : هي حلال مباح مطلق لمن لم يفقه الله بالتزويج فليسعف بالمتعة فإن استغنى عنها بالتزويج فهي مباح له إذا غاب عنها ، أي عن زوجته .

وفي كتاب من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٢٩٢ : قال الرضا عليه السلام : المتعة لا تحل إلا لمن عرفها وهي حرام على من جهلها كما يظهر من بعض نصوصهم إنها حلال لهم فقط .

جاء في الكتاب السابق ص ٢٩٦ قيل لأبي عبد الله عليه السلام : لم جعل في الزنا أربعة من الشهود وفي القتل شاهدين ؟ قال : إن الله تبارك وتعالى أحل لكم المتعة وعلم أنها ستتكبر عليكم فجعل الأربعة الشهود احتياطاً لكم ولولا ذلك لأتى عليكم وقل ما يجتمع أربعة على شهادة بأمر واحد .

وفي ص ٢٩٨ روي عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إن الله تبارك وتعالى حرم على شيعتنا السكر ممن كل شراب وعوضهم عن ذلك المتعة .

وفي نهاية البحث نضع أمام القارئ صورة لزواج المتعة عند الجعفرية :

هو نوع من النكاح يسمونه النكاح المنقطع ويمحلون له أركاناً وشروطاً فقالوا : إن أركانه أربعة الصيغة والمحل والأجل والمهر . وصيغته تكون بالفاظ ثلاثة : زوجتك ومعتك وأنكحتك ولا ينمقد بغيرها .

أما المحل فيشترط فيه أن تكون الزوجة مسلمة أو كتابية أو مجوسية على

---

(١) ج ٣ ص ٧٤ سحبا نقله الشيخ محمد جواد مغنية في الجوهرة الخامسة من فقه الإمام جعفر الصادق .

أشهر الروايتين ، ولا يصح بالشركة وما في معناها وبكرة بالزانية ، ويجرم أن يدخل على المرأة بنت أخيها أو بنت أختها إلا باذنها . ولا حصر في عددهن في المشهور وفي رواية يتقيد بالأربع .

وأما المهر فهو شرط في عقد المتعة خاصة يبطل بفواته العقد ، ويتقيد بالمراضاة قل أو أكثر ، ولو وهبها المدة قبل الدخول لزمه المهر ، ولو دخل استقر المهر بشرط الوفاء بالمدة .

وأما الأجل فهو شرط فيه ، فلو لم يذكر انعقد دائنها على المشهور ، وفي رأي لا ينعقد لا هذا ولا ذاك <sup>(١)</sup> وتقديره إليها طال أو قصر .  
ومن أحكام هذا العقد :

١ - إنه إذا ذكر الأجل والمهر صح العقد ، ولو أدخل بالمهر مع ذكر الأجل بطل العقد ، ولو أدخل بالأجل وحده بطل متعه وانعقد دائماً . ويصح تجديد العقد قبل انقضاء الأجل .

٢ - يثبت به النسب حتى ولو عزل عنها . ولو نفى الولد انتفى ظاهراً ولا يحتاج إلى اللعان كما في الزواج الدائم .

٣ - لا يقع به طلاق إجماعاً بل تبين منه بانقضاء المدة .

٤ - لا يثبت ميراث بين الزوجين شرطاً سقوطه أو أطلاقاً ، ولو شرطاً التوارث أو شرطاً أحدهما قيل يلزم ، وقيل لا يلزم والأول أصح .

٥ - لا نفقة للزوجة فيه إلا مع الشرط .

٦ - إذا انقضى أجلها بعد الدخول فمدها حيضان كمدة الأمة ، وإن كانت

---

(١) يقول الشيخ محمد جواد مغنبة في كتاب فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٦١ : إن بعض الفقهاء - لم يسمهم - يقول : يقع لثراً لا دائماً ولا منقطعاً لأنما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد.

لا تحيض قحمة وأربعون يوماً ، وتمتد من الوفاة ولو لم يدخل بها بأربعة أشهر وعشرة أيام إن لم تكن حاملاً ، وبأبعد الأجلين إن كانت حائلاً على الأصح .

٧ - تثبت به حرمة المصاهرة فيحرم عليه أمها وبنتها الخ .

فأنت ترى من هذه الأحكام أنه يتفق في بعض أحكامه مع الزواج الدائم ويختلف عنه في بعض أحكامه .

وقد فصل الشيخ محمد جواد مغنية في كتابه فقه الإمام جعفر الصادق (١) أوجه الوفاق وأوجه الخلاف بينها وخلص من ذلك إلى أنه نكاح يأخذ أحكامه إلا ما استثناءه الدليل .

## المبحث الرابع

### في الزواج المقترن بشرط

المقترن بشرط : وهو ما صدرت فيه الصيغة مطلقة عن التعليل (٢) على

(١) ج ٤ ص ٢٤٩ وما بعدها .

(٢) الفرق بين الملقط ط شرط والمقترن بشرط من وجوه :

أولها : أن الملقط ط الشرط تكون فيه أداة من أدوات التعليل كان وإذا وما في مناهها .  
والمقترن بشرط ليس فيه ذلك .

وثانيها : أن الإيجاب في التعليل ربط تحققه بتحقق الشرط فهو غير موجود وقت التلفظ به ، لأن من يقول : تزوجت إن قدم فلان من السفر لم يوجد منه إيجاب في الحال . بل هلط وجوده ط فعدم السفر . وبعبارة أخرى أن الشرط جزء من الكلام الدال ط الرضا بالقد . وأما المقترن بشرط فالإيجاب يتحقق وقت التلفظ به والشرط المقترن به ليس جزءاً منه بسـل ذكر ليفيد أمراً زائداً عما تفيد الصيغة . فإذا جاء القبول وجد إيجاباً يرتبط به بخلاف التعليل فإن القبول لا يجد إيجاباً يرتبط به .

الشرط أو الأضافة إلى المستقبل أو التقييد بوقت لكنها مقترنة بشرط . كأن يقول ولي المرأة للرجل :زوجتك ابنتي على ألا تنقلها من هذا البلد أو ألا تنزويج عليها أو تطلق امرأتك الأخرى فيقول : قبلت زواجها .

أو يقول الرجل للمرأة :زوجيني نفسك فتقول : قبلت بشرط أن تسكنني في بيت خاص أو بشرط أن تعجل لي المهر كله . وما شاكل ذلك من الشروط التي يرى أحد العاقدين أن فيها مصلحة له .

وقد اتفق الفقهاء على أن الشروط المقترنة بالعقد تتنوع إلى نوعين : شروط صحيحة وأخرى غير صحيحة . واختلفوا بعد ذلك في حد الشرط الصحيح الذي يجب الوفاء به ما هو ؟ وفي ثبوت الخيار لشارطه في فسخ العقد إذا لم يوف به من التزمه ، وفي تأثير الشرط غير الصحيح في العقد بالفساد مع الاتفاق على إلغائه .

ولما كانت مذاهب الفقهاء متشعبة الآراء في هذه الأمور فسكنفني ببيانات مذهب الحنفية الذي يجري العمل به في جمهورية مصر العربية ، وفي لبنان بالنسبة للمسلمين السنيين فيما لم ينص عليه قانون حقوق المائلة ، ثم مذهب الحنابلة باعتباره أوسع المذاهب الفقهية تسييراً في مسألة الشروط وتعدد حوله كل مشروعات القوانين التي يراد وضعها في الأحوال الشخصية لأنه يحقق رغبات الناس في الاشتراطات العقدية ، ولأنه مصدر قانون حقوق المائلة في هذا الموضوع ، ثم مذهب الشيعة الجعفرية لجريان العمل به بالنسبة للجعفرين في لبنان .

**مذهب الحنفية :** الشرط الصحيح . هو الذي يقتضيه العقد ( بأن يكون موجباً حكماً من أحكام العقد ) ، أو يؤكد مقتضى العقد أو ورد به الشرع أو جرى به عرف .

كاشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها أو يعطيها مهراً أو يحسن

معاشرتها ، وكاشتراطه أن تدخل في طاعته فهذه كلها يقتضيها العقد وثابتة ولو لم يشترطها أحدهما .

وكاشتراط ولي المرأة أن يكون والد الزوج كفيلا بالمهر والنفقة فإن المهر والنفقة من مقتضيات العقد واشتراط الكفالة بهما يؤكد حصولهما .

وكاشتراط الزوج أن يكون له حق الطلاق إذا تمارت الحياة الزوجية أو اشتراطها أن يكون أمرها بيدها لتطلق نفسها متى شاءت ، فإن هذا الشرط مما ورد به الشرع وأجازه وإن لم يكن من مقتضى العقد ولا مؤكداً لقتضاه . وكاشتراط الزوج أن يدفع لها نصف المهر فقط قبل الدخول وكان عرف بلدهما جارياً بذلك .

وحكم هذا الشرط : أنه يجب الوفاء به ، فإن لم يوف به من التزمه لا عشت الخيار لشارطه في فسخ العقد . لأن فوات هذا الشرط وإن كان مفوتاً لرضا شارطه بالعقد إلا أنه لا يؤثر في العقد لأن الرضا عندهم ليس شرطاً في صحة العقد لتصحيحهم زواج المكره وليس له رضا هكذا قالوا . ويرد عليهم أنه إذا لم يثبت للشارط خيار الفسخ عند فوات الشرط فما فائدة اشتراطه وتصحيحه .

والشرط غير الصحيح : ما ليس واحداً من تلك الأنواع وإن كان فيه مصلحة لأحد الماقدن كاشتراط المرأة ألا يتزوج عليها أو لا يخرجها من البلد الذي تزوجها فيه ، وكاشتراط الزوج ألا يدفع لها مهرأ أو أن تقوم بالإنفاق على البيت ، أو ألا يتوارثا إذا مات أحدهما وكانا مسلمين ، أو أن يتوارثا والزوجة غير مسلمة ، وحكم هذا الشرط أنه يلفو وحده ولا أثر له في العقد بل يبقى العقد معة صحيحاً ، لأن القاعدة المقررة عندهم أن الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة .

وبهذا المذهب يجري العمل في جمهورية مصر العربية لعدم وجود قانون يخالف ذلك .

وأما المناهضة فيقولون : إن الشرط الصحيح هو ما كان فيه منفعة لأحد  
العاقدين ، ما لم يكن غلّا بالمقصود الأصلي من العقد أو ورد من الشارع نهي عنه  
بخصوصه . سواء كان موافقاً لما يقتضيه العقد أو لا .

كاشتراط المرأة ألا يتزوج عليها أو ألا يخرجها من بلدها ، واشتراطه ألا  
ينفق عليها أو أن تكون مثقفة أو بكرا وما شاكل ذلك من الصفات التي  
يرغب في المرأة من أجلها (١) .

وحكم هذا الشرط أنه يجب الوفاء به ، فإن لم يوف به من التزمه ثبت  
الخيار لشارطه ، لأنه ما رضي بالعقد إلا على أساس الوفاء بالشرط . فإذا لم يتحقق  
فات رضاه بالعقد ولا زواج مع عدم الرضا ابتداءً أو بقاء

والشرط غير الصحيح هو الذي ورد النهي عنه بخصوصه أو كان مناقضاً  
للمقتضى العقد أو غلّا بالمقصود الأصلي منه كاشتراط المرأة أن يطلق ضرثها ، فإنه  
ورد النهي عنه في الحديث « لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكف ما في إناها » .  
واشتراط أن يتوارثا مع اختلاف الدين . لحديث « لا يتوارث أهل ملتين » .

وكاشتراط ألا ينجب أولاداً أو اشتراطها ألا يتمتع بها فإن هذا الشرط غلّ  
بالمقصود الأصلي من العقد .

وحكم هذا الشرط ألا يتقيد العقد به فلا يلزم الوفاء به ويلغي في كل حال .  
ولا يتأثر به العقد إلا إذا كان الشرط يجعله في معنى الزواج المؤقت كاشتراط

---

(١) يقول ابن قدامة في المغني ج ٦ ص ٥٢٦ عند شرط البكارة : كلام أحد يحتتمل  
أمرين : أحدهما لا خيار له لأن النكاح لا يرد فيه بسبب سوى قافية عيوب فلا يرد منه بخالفه  
هذا الشرط ، والثاني : له الخيار ، لأنه شرط صفة مقصورة فإن غلّاها لهيبث الخيار . وهذا هو  
شرطها ذات نسب فبانت دونه أو شرطها بفساد فبانت سوداء أو شرطها طوية فبانت قصيرة  
أو حسناء فبانت شوهاء خرج من ذلك كله وجهات .

الطلاق في وقت معين أو كانت طيعة العقد لا تقبله كاشتراط الخيار .

والمذهب الجعفري كما يؤخذ من كتبهم <sup>(١)</sup> يقسم الشرط إلى شرط صحيح وشرط باطل .

فالباطل : هو المتنافي لمقتضى العقد وطبيعته بالكلية . كاشتراط المرأة ألا يسلمها وتكون كالأجنبية تماماً ، وكما إذا شرط تسليم المهر في أجل فان لم يسلمه كان العقد باطلاً .

أو ما يكون مخالفاً للشرع . كشرط ألا يتزوج عليها أو لا يطلقها أو لا يصل أرحامه . وحكم هذا الشرط أنه يبطل وحده ويصح العقد ويلزم ، ولا يخرج عنه إلا اشتراط أحدهما فسخ الزواج والرجوع عنه مدة ثلاثة أيام أو أكثر أو أقل . ففيه يفسد الشرط والعقد معاً على المشهور عندهم .

وما عدا ذلك فهو شرط صحيح كما يؤخذ من تشليلهم . كأن يشترط أحدهما صفة مرغوباً فيها كالبركة <sup>(٢)</sup> في المرأة والتدين وحسن الخلق في الرجل .

وكاشتراطها : ألا يخرجها من بلدها أو يسكنها في مسكن معين وما شابه ذلك .

وحكم الشرط الصحيح أنه يجب الوفاء به ، فان تحقق لزوم العقد ، وإن تخلف ثبت الخيار لمن اشترطه في فسخ العقد . وهذا المذهب كما ترى موافق

---

(١) راجع شرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٣ وما بعدها ، والمختصر النافع ص ٢١١ وما بعدها ، وفقه الإمام جعفر الصادق الشيعي محمد جواد مفتي ج ٥ ص ١٨٧ وما بعدها .

(٢) يمكن في كتبهم الخلاف في لزوم اشتراط البركة . ففي شرائع الإسلام . لا يلزم وليس له فسخ أن وجدما نبياً ولكن له أن ينقص من مهرها ما بين مهر البكر واليتيم ويرجع فيه إلى العرف . وفي فقه الإمام جعفر : يلزم الشرط ويثبت له الحق حتى الفسخ ولعلها وأبانت عندهم .



لمذهب الحنابلة في جلته . حيث توسع في الشروط الصحيحة . وضيق دائرة الشروط الباطلة ، وجعل فوات الشرط الصحيح مثبتاً لخيار الفسخ ، وقضى بإلغاء الشرط الباطل وحده مع صحة العقد إلا في اشتراط خيار فسخ الزواج . وإن اختلف معه في صحة بعض الشروط أو بطلانها تبعاً لاختلاف النظر في تطبيق الأصل في الصحة والبطلان .

وأما قانون حقوق المائلة فتتص المادة ٣٨ على أنه « إذا تزوج رجل امرأة وشرطت عليه أن لا يتزوج عليها وإن تزوج فهي أو المرأة الثانية طالق فالعقد صحيح والشرط معتبر » .

فقد أخذ في هذا بمذهب الحنابلة ، ويبقى بعد ذلك هل المعتبر في غير هذا الشرط المتصوص عليه في المادة مذهب الحنفية كما هو الأصل في كل ما سكت عنه القانون أو مذهب الحنابلة ؟

الظاهر أن مسألة الشروط موكولة لمذهب الحنابلة باعتباره المذهب الميسر في هذا الباب ، ولئلا يضطرب التطبيق ، وعلى هذا يكون المعمول به في لبنان بالنسبة للمسلمين سنيين وجمعيين يكاد يكون موحداً لتقارب مذهب الجعفرية من مذهب الحنابلة .

#### اشتراط الخيار في الزواج :

هذا والزواج لا يثبت فيه خيار الشرط بالاتفاق لم يخالف في ذلك - فيما نعلم - أحد من الفقهاء .

لأن هذا العقد وضع لأفادة حل التمتع في الحال . وخيار الشرط ينافي به ، ولأن الحاجة غير داعية إليه فإنه لا يقع في الغالب إلا بعد ترو وفكر ومعرفة كل واحد من الزوجين صاحبه ، ولأن ثبوت الخيار يقضي إلى فسخه بعد العقد وفي هذا ضرر كبير للمرأة وبخاصة إذا كان بعد الدخول .

وبعد اتفاقهم على فساد هذا الشرط اختلفوا في أوه في العقد .  
فالحنفية على أصلهم أن الشروط الفاسدة لا تؤثر في عقد الزواج ويقولون  
بإلغاء الشرط وصحة العقد .

والحنابلة والجعفرية على المشهور عندهم يذهبون إلى أن العقد يفسد مع هذا  
الشرط لأن الزواج لا يقبل الإقالة فلا يقبل الفسخ فيكون هذا الشرط  
منافياً لطبيعته<sup>(١)</sup> .

وكذلك لا يثبت فيه خيار الرؤية فيما لو تزوجا ولم يكن أحدهما رأى الآخر  
لأن الأصل في عقد الزواج أن يكون لازماً ، وثبت خيار الرؤية بحمله  
غير لازم .

على أننا لسنا في حاجة إلى إثباته ما دام الشارع قد أباح النظر عند الرؤية  
بل أمر به ورغب فيه . وكذلك لا يثبت فيه خيار العيب حتى ولو اشترط كل  
منها أو أحدهما سلامة الآخر من العيوب . فيصح العقد ويلغى الشرط عند  
الحنفية ، لكنهم جعلوا للزوجة الحق في رفع الأمر إلى القاضي ليفسخ العقد إذا  
وجدت بزوجها بعض العيوب التي لا يتحقق معها أغراض الزواج كالجب والمنة  
ولم يجعلوا هذا الحق للزوج إذا وجد بها عيباً يمنع تحقق أغراض الزواج ، لأنه  
يستطيع أن يتخلص منها بالطلاق .

وخالف الحنابلة في ذلك فأنبتوا لكل من الزوجين الخيار إذا وجد هيباً  
بالآخر يمنع مخالطة الجنسية سواء كان العيب في محلها أو لا كالأمرض المنفرة  
كالجذام والبرص والجنون وغيرها<sup>(٢)</sup> وسيأتي في بحث الطلاق بيان آراء الفقهاء  
في ذلك تفصيلاً إن شاء الله .

(١) وراجع الفنى لابن قدامة ج ٦ ص ٥٣٦ ، وفقه الإمام جعفر للشيخ محمد جواد حقنية  
ج ٤ ص ١٨٧ .

(٢) قالوا إن العيوب المؤثرة فسخ ثمانية ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي الجنون والجذام  
والبرص واثنان يختصان بالزجل هما الجب والمنة وثلاثة تختص بالمرأة وهي الفتق والقرن  
والقطر . الفنى لابن قدامة ج ٦ ص ٦٤١ .

# البَابُ الثَّالِثُ

فِي

المَحْرَمَاتِ مِنَ النِّسَاءِ

وَفِيهِ مَبَاحِثُ



## تمهيد

قدمنا أن محل عقد الزواج هو المرأة ، وأن من شروطه ألا تكون المرأة محرمة تحرماً قطعياً أو ظنياً فكان في هذا إشارة إلى أن من النساء محلات ومحرمات .

والأصل في النساء الحل لهذا العقد . بمعنى أن المرأة من حيث هي امرأة محل للزواج . غير أنها قد تحرم بالنسبة لشخص معين لوجود أمر يمنع زواجها منه بينما تحل لغيره . وهذا الأمر قد يكون لازماً لها لا يفارقها فتكون محرمة عليه تحرماً مؤيداً . كأمه مثلاً . فإن الأمومة وصف لازم إذا ثبت لا يزول ، وقد يكون غير لازم يزول في وقت من الأوقات لأنه وصف طارئ ، فتكون محرمة عليه تحريماً مؤقتاً كزوجة الغير ، فإن زوجيتها تنتهي في وقت ما فتحل له . والمحرمات على وجه العموم محصورات في عدد معين وما عداهن محلات .

ولذلك عد القرآن المحرمات لفلانها وأتبع ذلك بقوله : « وأحل لكم ما وراء ذلكم » .



# الفصل الأول

في المحرمات على التأييد وأسباب تحريمهن

وفيه مباحث

المحرم على التأييد واحد من أسباب ثلاثة :

١ - النسب : ويراد به هنا القرابة القريبة ويعبر عن صاحبها بلدي الرحم  
المحرم أي صاحب قرابة يحرم الزواج به .

٢ - المصاهرة : وهي الملاقة التي تترتب على عقد الزواج وما ألحق به .

٣ - الرضاع .

## المبحث الأول

في المحرمات بالنسب

يحرم بهذا السبب أصنافاً أربعة :

الأول : أصول الرجل من النساء ، ويبدأ هذا الصنف من الأم ويستمر صاعداً  
في الجدات . سواء كن من جهة الأم أم من جهة الأب منها علت  
درجتهم .

الثاني : فروع . أي ما تفرعن عنه كبناته وبنات بناته وبنات أبنائه منها  
نزلت درجةهن .

الثالث : فروع أبويه من النساء كإخواته وبناتهن وبنات إخوته منها نزلت  
درجةهن يستوى في ذلك الأخوة والأخوات من جهتين أو من  
جهة واحدة .

الرابع : فروع الأجداد والجندات المنفصلات بدرجة واحدة . أي الفروع  
المباشرة فقط وهن المات والحالات سوامكن عيات وحالات  
للشخص نفسه أم كن عيات وحالات لأبيه أو أمه أم لأحد أجداده  
وجداته أما الدرجة الثانية من هذا الصنف وما يعلها فهن حلال له ،  
كنات الأعمام والمات وبنات الأخوال والحالات .

والدليل على تحريم هذه الأصناف قوله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم  
وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت »  
النساء : ٢٣ .

فهذه الآية دلت على تحريم تلك الأصناف كلها . وهذا ما فهمه أصحاب  
رسول الله وهم العرب العارفون بدلالة ألفاظ العربية على معانيها وأسانيها  
المتخلفة لذلك لم يؤر أن أحدا منهم سأل رسول الله عن بيان شي غامض في  
هذا الجزء من الآية .

وإذا استعرضنا هذه الآية وجدناها عبرت عن الصنف الأول بكلمة  
« أمهاتكم » والأم في لغة العرب كما تطلق على من ولدت الشخص مباشرة تطلق  
على الجدة أيضاً باعتبارها أصلا له ، لأن الأم عندهم هي الأصل <sup>(١)</sup> . فمعنى هذه

---

(١) وهذا تمييز شائع عندهم جاء به القرآن والسنة . يقول جل شأنه « الذي أنزل عليك  
الكتاب منه آيات محكمات من أم الكتاب وآخر متشابهات الآية فقد جعلت المحكمات أما  
الكتاب أي أهلا يرجع إليه في تأويل التشابهات وبين المراد منها متى أمكن » ويقول رسول  
الله في شأن الحر . الحر أم الحبيات أي أصلها .



الجمعة حرمت عليكم أصولكم من النساء .

وقد انقصد الأجماع بعد رسول الله على أن هذا هو المراد منها فحرمت الأمهات والجندات ولم يمد في هذا مجال للاجتهاد . على أن التحريم يقوم على قرب القرابة . وقد صرحت الآية بتحريم العمات والحالات وهن في القرابة أبعد من الجدات ، فيدل هذا الجزء من الآية على تحريم الجدات بدلالة النص لأنهن أولى بالتحريم من العمات والحالات للمعنى الذي من أجله كان التحريم .

ودل على تحريم الصنف الثاني قوله « وبناتكم » والبنات في لغة العرب هن فروع الرجل من النساء ، والمعنى وفروعكم ، ولهذا انقصد الأجماع على أن المراد بالبنات الفروع فيتناول بنات الأبناء وبنات البنات منها نزلن ، على أن الآية صرحت بتحريم بنات الأخ وبنات الأخت وهن أبعد من بنات الأب وبنات البنت ، فيقتل الآية على تحريمهن بطريق دلالة النص .

وحرّم الصنف الثالث بمجموع قوله « وأخواتكم » وقوله « وبنات الأخ وبنات الأخت » وهو واضح .

وأما الصنف الرابع فقد دل على تحريمه قوله « وعماتكم وخالاتكم » وكل من ينفصل عن الجدة بدرجة يطلق عليه عمّة أو خالة مهما علا الجد .

وقد اقتضت الآية عليهن ولم تعرض لبناتهن فبقين على الحل لدخولهن تحت قوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » .

على أنه قد ورد التصريح بجهلن في قوله تعالى « يا أيها النبي إذا أحللتك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن وما ملكت يمينك بما آفاه الله عليك وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك اللاتي هاجرن معك » الأحزاب/ ٥٠ .

- والأصل أن ما أحل لرسول الله يكون حلالاً لأمتة إلا ما قام الدليل على اختصاصه به ولم يوجد هنا دليل يدل على هذا الاختصاص .

## تنبيه :

اختلف الفقهاء في المحلوقه من ماء الزنا هل تحرم على أبيها أولا ؟

فذهب الشافعي إلى أنها لا تحرم عليه ، فيجوز له زواجها لأنها أجنبية منه ولا تنسب إليه شرعاً ، ولا يجري التواضع بينها ، ولا تلزمه نفقتها فلا تحرم عليه كسائر الأجانب

وذهب جماهير الفقهاء ومنهم الحنفية والحنابلة والجمهورية والمالكية في الأصح عندهم إلى أنها تحرم عليه ، فلا يجوز له التزوج بها . لأنها أنشئ مخلوقة من مائه حقيقة تتكون جزءاً منه كبنته من النكاح فيشملها النص بعمومه ، ولذلك تسمى بنته لغة وعرفاً ، والأحكام تتبع الأسماء ، وتختلف بعض الأحكام لا ينفي كونها بنتاً لأنها لا ورثة إذا كانت رقيقة مملوكة للغير أو اختلف دينها عن دين أبيها بالاتفاق . وإذا قام الدليل على خروج بعض الأحكام بيقين ما عداه ، فلا خلل في إضافتها إليه <sup>(١)</sup> . وهذا هو الرأي الراجح في نظرنا وبخاصة أن الحرمة مما يحتاط في إثباتها إذا دارت بين الأثبات والنفي .

والحكمة في تحريم هؤلاء تتجلى في الأمور الآتية :-

أولاً - أن عقد الزواج مشروع لإنشاء صلة بين الرجل والمرأة لتنشأ عنها ألفة ومودة ، والوصلة موجودة في القرابة المحرمة على أكمل ما تكون الوصلة فلا حاجة إلى إنشاء صلة جديدة من نوع آخر .

---

(١) الشرح الكبير مع حاشية القدوسي ج ٢ ص ٢٥٠ وعبارة : من زنى بأمرأه فعملت منه بنت فأنها تحرم عليه وعلى أصوله وفروعه وإن حملت بذكر حرم على صاحب الماء زوج بنته كما يجرى على الذكر زوج فروع أبيه من الزنا وفروعه . والمتنازع بحرأشيه ج ٢ ص ٢٤٩ والفتاوى ج ٦ ص ٧٨ وفقه الإمام جعفر الصادق ج ٥ ص ٢٠٢ والبدائع ج ٦ ص ٢٥٧ .

ثانياً - أن الاختلاف بين الوصلتين يجعل من المتعذر اجتماعها ، فوصلة القرابة المحرمة أساسها الاحترام والمحبة البريئة ، وهذا يقتضى الوقار والاحتشام .  
ففرق أنها تنشأ دائمة لا تنقطع ، لأن الشارع حرص على المحافظة عليها وحذر من قطعها بأي سبب كان .

ووصلة الزواج أساسها المتعة واللذة ، ومع هذين لا وقار ولا احتشام . وهي وإن كانت تنشأ أول الأمر للدوام والاستقرار إلا أنها عرضة في أي وقت للقطع والأنهاء بالطريق المشروع إذا ما استحکم النزاع وبات الحياة الزوجية بالفشل .

مع أن القرابة توجب التراحم من الجانبين لا في مقابلة بدل ، أما العلاقة الزوجية فتقوم على تبادل الحقوق والواجبات بين طرفيها ولمنصر المال دخل في هذه المبادلة .

وفي بعض الصور تتناقض الحقوق تماماً فيما لو تزوج الأن أمه فأنها يحكم أمومتها لها السلطان على ابنها : وهذا يوجب عليه الطاعة بأكمل معانيها ، ويحكم أنها زوجة يجب عليها الطاعة والخضوع لزوجها . وبهذا تتقلب الأوضاع فيصير من له الطاعة عليه الطاعة .

ثالثاً - أن أباحة الزواج من هؤلاء تقتضي الحكم عليهم بالتباعد وتحريم الاختلاط بينهم لئلا يكون الاختلاط وسيلة إلى أن يتولد في نفوسهم طمع بعضهم في بعض فتكون المفسد التي لا حد لها ، وفي تحريم اللقاء والاختلاط بينهم من الحرج ما لا يخفى . وأي حرج في منع لقاء الرجل بابنته أو الاختلاط بأمه وأخته أو عمته أو خالته ؟ فلم يكن ثمة طريق لرفع هذا الحرج ودفع تلك المفسد غير تأييد التحريم لتنقطع الأطماع وتفتقر الرغبات ويلتقي الجميع ويحتلطون في أمان .

رابعاً - إن أباحة الزواج من هؤلاء تثير التنازع بين الأخوة والأقارب .

التنافس على الزواج بين •

وأي نزاع أقبح من أن يتنازع أخوان على التزوج بأختها ، أو يتنازع أب يريد  
التزوج بابنته مع ابنه الذي يرغب في التزوج بها •

وبعد هذا كله فإن الفطرة السليمة تأبى أن يفترض الأب ابنته أو الابن أمه  
أو الأخ أخته •

وكيف يستسيغ ذلك الإنسان العاقل مع أن بعض الحيوانات لا تطلب  
أليفها إلا من غير بيتها ؟؟

## المبحث الثاني

### في المحرمات بالمصاهرة

يحرم بهذا السبب أصناف أربعة :

الأول - أصول الزوجة من النساء كأماها وجداتها من جهة الأم أو الأب في أي  
درجة سواء دخل بالزوجة أولا •

الثاني - فروع الزوجة التي دخل بها من النساء كبناتها وبنات أبنائها وبنات  
بناتها مما تزلت مرتبتهم فإن لم يدخل بها لا تحرم فروعها •

الثالث - زوجات أصوله ، كزوجة أبيه وزوجات أجداده من جهة الأب أو  
الأم مما علت مرتبتهم وجد دخول بين أولا •

الرابع - زوجات فروع كزوجة ابنه وزوجات أبناء ابنه وأبناء بنته وجد  
دخول بهذه الزوجات أولا إذا كانت الفروع تفرعن عن صلبه ، أما  
البنوة بالتبني فلا أثر لها في التحريم ، لأن الإسلام أبطل التبني الذي كان في  
الجاهلية وألغى أحكامه •

وتحريم هذه الأصناف ثابت بالقرآن .

أما الأولى فيقول تعالى : « وأمهات نسائكم » فإنه معطوف على قوله سبحانه « حرمت عليكم أمهاتكم » فيكون معناه : وحرمت عليكم أمهات نسائكم ، وكلمة الأمهات هنا تتناول الأم المباشرة والجدات كما سبق بيانه ، والآية لم تقيد التحريم بالدخول فيبقى على إطلاقه ، وعليه تحريم أم الزوجة وجداتها بمجرد العقد عليها .

أما الثاني فيقوله جل شأنه : « وربائبكم اللاتي في حجوركم »<sup>(١)</sup> من نسائكم اللاتي دخلتم بين فإن لم تكونوا دخلتم بين فلا جناح عليكم ، فإنه معطوف كذلك على أول الآية وهو صريح في تحريم بنات الزوجة ، لأن الرائب جمع ربيبة وهي بنت امرأة الرجل من غيره ، وصحبت بذلك لأن الرجل يقوم بقربيتها ورعاية شؤونها عادة ، ومن هنا وصفت بكونها في الحجور تبعاً للقالب . فالوصف لا مفهوم له فلا يدل على حلها إذا لم تكن في الحجور . والآية نفسها أشارت إلى عدم اعتباره قيداً في التحريم لأنها تقول بعد ذلك : « فإن لم تكونوا دخلتم بين فلا جناح عليكم » فاقترنت في بيان الحكم المقابل للأول على حالة تخلف البهول ، ولم تعرض لكون الرائب في غير الحجور ، ولو كان شرطاً لما اكتفى بنفي الدخول بل لقال ولم يكن في حجوركم<sup>(٢)</sup> والآية بمبارتها تحرم بنات الزوجة ، أما بنات أولادها فثبتت تحريمهن بالأجاء . والسر في التفرقة بين النوعين حيث جعل تحريم الأم وما فوقها بمجرد العقد ، وتحريم البنت وما تحتها بالدخول بأصلها . حتى قرر الفقهاء قاعدة تقول : « والمقد على البنات يحرم الأمهات والدخول بالأمهات يحرم البنات » .

إن الأم بطبيعتها السليمة تؤثر بنتها بالزواج على نفسها فما دام الزوج لم يدخل

---

(١) الحجر الحشن وهو مكان ما يحجرو ويحوطه الإنسان في صدره بين عضديه وساعديه

(٢) وأصح تبين الحقائق للزيطي ج ٢ ص ١٠٢ .

بها تطيب نفسها أن تتخلى عنه لا يبتها ، لأنها ترى في سعادة ابنتها سعادة لها ، بل إنها تستعذب الشقاء من أجل أن تسعد بناتها ، وأما بعد الدخول فيبعد ذلك لأنها بعد أن استوقت حظوظ الزواج لا تطيب نفسها بالتخلي عن زوجها لأبنتها على أنه بعد الدخول بها تصبح بنتها كبنت الزوج ضرورة المخالطة بينها .

بخلاف البنت فإنه ليس من طبعها أن تؤثر أمها على نفسها ، فإذا عقد عليها ثم طلقها وتزوج أمها حدثت على أمها التي سعدت بهذا الزوج الذي كان سبباً في شقاها .

على أن من طبع البنت عدم الرضا بزواج أمها بغير أبيها .

وأما الثالث : فنبت تعريه بقوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلاً » النساء / ٢٣ ، فهذه الآية تحرم زوجات الآباء بمبارتها الصريحة وزوجات الأجداد باعتبار أن اسم الأب يطلق لغة على الأصل المذكر سواء كان مباشراً أو غير مباشر فيكون مفهماً « ولا تنكحوا ما نكح أصولكم من النساء » وقد انعقد الأجماع على تحريم زوجات الأجداد .

وقد اختلف الفقهاء في المراد بالنكاح في هذه الآية . فيرى البعض أنه العقد وهم الشافعية ومن وافقهم ، ومنهم من يرى أن المراد به المخالطة الجنسية سواء كانت حلالاً أو حراماً وهم الحنفية ومن وافقهم حتى قالوا : إذا زنى الأب أو الجد بامرأة حرمت على فروعه . والمسألة خلافية سيأتي تفصيلها .

وأما الرابع : فتعريه ثابت بقوله جل شأنه في سياق عداد المحرمات : « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » والحلائل جمع حليله وهي الزوجة ويثبت ذلك بمجرد العقد حتى ولو لم يعقبه دخول . ولفظ الأبناء شامل لكل من قرع عنه من الذكور فتحرم زوجات الفروع مطلقاً .

ولا يقال: إن التقيد بكونهم من الأصلاب يقصر التحريم على زوجات أبائهم فقط دون زوجات أبناء أبائهم وأبناء بناتهم . لأن لفظ الأبناء في لغة العرب يشمل هؤلاء . إن يراد به كل من يتصل به بصلة الولاد ، والتقيد لأخراج حلال الأبناء بالتبني ، وقد كانت عادة التبني فاشية في العرب عند نزول القرآن فأبطل الله هذه العادة وبين أنها لا تثبت نسباً ولا غيره بقوله تعالى: «وما جعل أديعاهم أبناءكم ذلك قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل» . أدعواهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعملوا آباءهم فأخوانكم في الدين ومواليكم ، الأحزاب ٤٤ ، ٥ .

ويرى بعض الفقهاء أن قيد الأصلاب في الآية قصد به إخراج الأبناء من الرضاع فلا تحرم زوجاتهم لأن الابن من الرضاع ليس من الصلب لا بالذات ولا بالواسطة<sup>(١)</sup> . وإن كان جمهور الفقهاء يذهبون إلى أن زوجة الابن من الرضاع محرمة كزوجة الابن من النسب وسيأتي لذلك مزيد بحث عند الكلام على المهرمات بسبب الرضاع . وليلامحظ هنا أن مجرد العقد الصحيح يحرم لهذه الأصناف ما عدا فروع الزوجة فإن شرط التحريم فيه الدخول بها كما بينا . أما العقد الفاسد فلا تثبت به حرمة المصاهرة إلا إذا أعقبه دخول كما سيأتي قريباً .

وينبغي على هذا أنه لو عقد زواجه على امرأة وقبل أن يدخل بها طلقها حرم عليه زواج واحدة من أصولها ، كما تحرم هي على أصوله وفروعه لكنه لا يحرم عليه أن يتزوج بنت من فروعه ، ولو مسات عنها قبل أن يدخل بها حرمت على أصوله وفروعه ، وتبين لنا أن حرمة المصاهرة تثبت بأحد أمرين . العقد أو الدخول .

أما العقد فلا بد أن يكون صحيحاً سواء كان من الصغير أو الكبير .

(١) راجع زاد للماد لابن القيم ج ٤ ص ١٤ فإنه رجح هذا الرأي بمدة أدلة .

أما الدخول فإن كان بعد عقد صحيح فلا كلام فيه . وقد عرفنا أنه شرط في تزوج المرأة بالنسبة لفروعها كما ورد النص بذلك ، ويشترط فيه أن يكون من يتصور منه ذلك كالبالغ فإن كان من غيره لا يحرم .

ولكن الفقهاء اختلفوا في المراد به هل هو المخالطة الجنسية كما يرى بعض الفقهاء . لأنه حقيقة فيها فلا يعدل عنها إلا بدليل ، أو المراد به ما يشمل المقدمات من اللبس بشهوة والتقبيل والنظر إلى العضو المخصوص كذلك كما يرى البعض الآخر إقامة لما يدعو إلى الشيء مقامه ، بل إن المالكية ذهبوا إلى أن الخلوة تقوم مقامه <sup>(١)</sup> ، والجعفرية لهم رأيان رأي بشبوت التحريم باللمس والنظر ، ورأي بأنه لا يثبت بها تحريم بل الكراهية فقط .

هل يشترط في الدخول الموجب لحرمة المصاهرة أن يكون حلالاً ؟

اتفق الفقهاء على أنه لا يشترط أن يكون حلالاً من كل وجه ، بل يكفي أن يكون فيه شبهة الحل . لذلك اتفقوا على أن الدخول بشبهة يحرم المصاهرة . كما إذا عقد على امرأة عقد زواج فاسد كالزواج بغير شهود ، أو عقد على امرأة لم يرها فزفت إليه امرأة وقيل له : هذه زوجتك ثم تبين أنها ليست هي أو قصد امرأته فكانت غيرها <sup>(٢)</sup> وإنما ثبت بذلك حرمة المصاهرة لأنه وطء يلحق به النسب فأثبت التحريم كالوطء المباح ولا يصير الرجل به محرماً

(١) حاشية الدرقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٥١ وبداية المجتهد ج ٢ ص ٢٩ فقد صرح بأن مبنى اختلاف هؤلاء من اشتراط الدخول في الآية « اللاتي دخلتمهن هو الوطء أو التلذذ بما دونه من اللمس وغيره .

(٢) المالكية يقولون : أن العقد المختلف في فساد يفيد حرمة المصاهرة أما الجمع على فساد فلا يجرم إلا بالدخول . وفسروا الوطء بشبهة الذي يفيد حرمة المصاهرة بأنه الوطء غلطاً فيمن تحل في المستقبل كوطء أخت زوجته ، أما إذا كانت لا تحل له في المستقبل كبنت زوجته فلا يوجب حرمة المصاهرة لأنه ليس وطئاً بشبهة . حاشية الدرقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٥١



من حرمت عليه من أصول المرأة وفروعها فلا يباح له به النظر إليهن ولا الاختلاط بهن ، لأن الوطء ليس يباح بأطلاق .

حق إنه لا يباح له النظر إلى المرأة التي كانت سبباً ولا غثاطتها فلا يباح له النظر إلى غيرها بطريق الأولى . وكذلك من جانب المرأة لا يباح لها النظر إلى أصول الرجل وفروعه ولا غثاطتهم .

ولأن المحرمية نعمة لا تنال إلا بطريق مباح من كل وجه لأنها إباحة<sup>(١)</sup> .  
وبهذا يفترق عن الوطء الحلال فإنه يفيد الأمرين . حرمة المصاهرة وثبوت المحرمية .

أما الوطء الحرام من كل وجه وهو الزنى فهو موضع اختلاف الفقهاء . فذهب جماعة من فقهاء الصحابة والتابعين إلى أنه يحرم وهو مذهب الحنفية والصحيح عند الحنابلة . ورأى للجعفرية<sup>(٢)</sup> فمن زنى بامرأة حرم عليه أصولها وفروعها وحرم عليها أصوله وفروعه . بل إن الجعفرية يذهبون إلى أن الزنى بها تحرم على الزاني تحريماً مؤكداً إذا كانت وقت الزنى متزوجة أو معتدة من طلاق رجعي .

وذهب آخرون إلى أنه لا يثبت حرمة المصاهرة وهو مذهب الشافعي

---

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٦٠ ( الفتنى ج ٦ ص ٥٧٧ . حاشية الدررقي ج ٢ ص ٢٥٢ . شرح المنهاج بحاشية القليوبي ج ٣ ص ٢١٢ .

(٢) قال صاحب الجواهر عنه : « وفقاً للأكثر بل هو المشهور » ، وقال صاحب المختصر : اختلفوا فيه والأشبه أنه لا يحرم وسواء صح هذا أو ذاك . فالقول بأنه محرم عقيد بما إذا كان الزنى قبل المقد . أما إذا طرأ الزنى على العقد بأن زنى الرجل بأم زوجته أو ببنتها فلا تحريم به لزوجه . لقاعدة لا يحرم الحرام الحلال . واجمع المختصر النافع وفقه الأمام جعفر رحمه جواد مفتية ج ٥ ص ٢٠١ .

والمتمتع في مذنب المالكية<sup>(١)</sup> فيجوز له أن يتزوج بأي امرأة مسن أصول  
الزنى بها وفروعها . كما أن لها التزوج بأي فرد من أصوله وفروعه .

وأساس الخلاف في هذه المسألة هل سبب التحريم هو مجرد الوطء أو  
الوطء بقيد الحمل ؟

فالفريق الأول يرى أنه الوطء المجرد ولا أثر لكونه حراماً أو حلالاً يدلل  
أن الزوج لو دخل بزوجته في وقت منع فيه من قربانها كما إذا كان صائماً  
أو كانت حائضاً أو نفساء كان هذا الدخول مثبناً لحرمة المصاهرة لمن شرط في  
حرمته الدخول وإن كان حراماً . فإذا فارق زوجته حرم عليه التزوج  
براحدة من فروعها بالاتفاق قطع بذلك أن المحرم هو الوطء مجرداً عن كونه  
حلالاً أو حراماً . فإذا قلنا إن الزنى يوجب حرمة المصاهرة لم ترتب الحكم  
عليه باعتباره زنى محرماً بل باعتباره مجرد وطء :

وفي قوله تعالى : « ولا تتكلموا ما تكح آبؤكم من النساء إنه كان فاحشة  
ومقتاً وساء سبيلاً » دلالة على ذلك لأنه وصفه بكونه فاحشة ومقتاً وهذا  
التفليظ إنما يكون في الوطء لا نفس العقد .

ولأن الوطء الحلال إنما كان محرماً للبنت باعتبار أنه يصير جامعاً بين  
المرأة وبنتها في الوطء من حيث المعنى ، لأن وطء الثانية منها يذكره وطء  
الأولى فيصير كأنه فاض وطئه منها جميعاً وهذا المعنى موجود في الوطء  
الحرام فيأخذ حكم الأول .

ولقد روي عن رسول الله أنه قال : « لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج

---

(١) لأنه الردي من مالك في الوطء .

امرأة وابنتها ، وفي رواية « مملعون من نظر إلى فروج امرأة وابنتها » وهذا المعنى كما يوجد في الحلال يوجد في الحرام

والفريق الثاني يرى أن المحرم هو الوطء الحلال ، أما الحرام فلا أثر له في ذلك .

واستدوا في ذلك إلى حديث يروى في هذا الموضوع . وهو أن رسول الله سئل عن رجل زنى بامرأة فأراه أن يتزوج بنتها فقال : « لا يحرم الحرام الحلال وإنما يحرم ما كان من نكاح » .  
ولأنه وطء لا تصير به الموطوءة فراشاً فلا يحرم كوطء الصغيرة .  
ولأن حرمة المصاهرة نعمة لأنها تلحق الأجانب بالأقارب فلا تنال بالمحظور وورد على هذه الأدلة : أن الحديث ضعيف ضعفه غير واحد من المحدثين بل قيل : إنه ليس من كلام الرسول ، مرة نسب لابن عباس وهو من المانعين لثبوت الحرمة بالزنى ، وأخرى كما يقول الإمام أحمد : إنه من كلام بعض قضاة العراق ، ومع هذا التضميف والاختلاف في النسبة لا يصلح للاحتجاج به .

أما القياس فيرد عليه أت الوطء يشبه محرم للمصاهرة بالاتفاق ولا تصير به الموطوءة فراشاً فلا يصلح دليلاً ، ويقال لهم في دليلهم الثالث وهو أن حرمة المصاهرة نعمة لأنها تلحق الأجانب بالأقارب فلا تنال بالمحظور .

إن تحريم الزواج هنا بالزنى ليس فيه إلا مجرد منع زواج كل مسن الزاني والزانية بأقارب الآخر دون أن يحل لواحد منها النظر والاختلاط فليس فيه إلحاق الأجانب بالأقارب حتى يكون نعمة يقال عنها إنها لا تنال بالمحظور .

على أنهم اتفقوا مع غيرهم على ثبوت الحرمة بالوطء بشبهة وليس مباحاً لكنه لوجود الشبهة يسقط عنه الحد .

أما أدلة القرقي الأول فإنها لم تسلم الأخرى من المناقشة لأنها تقول إلى جعل  
الدخول الحرام كاللدخول الحلال .

وقد قال الشافعي في مناظرته مع محمد بن الحسن: إن الزواج أمر حدث عليه  
والزنا فعل رجعت عليه فكيف يشتبهان ؟

ونحن نرى أن مذهب الحنفية فيه غلو من جهة أنهم توسعوا في أسباب  
التحريم حيث جعلوا مجرد المن بشهوة والتقبيل موجبا للتحريم . ولكنه من  
ناحية أخرى يمد منافذ الفساد في المجتمع وبخاصة بعدما أصبح الاختلاط  
بالأجناس أمرا عاديا في العرف الفاسد ، وأن الرجل قد يدخل على المرأة  
ويغتلي بها خلوة محرمة تحت ستار الزواج بإبنتها ، فلو علم هؤلاء أن مخالطة  
المرأة في حرام يحرم عليه ابنتها إلى الأبد أو أن قربان أم امرأته يحرم عليه  
زوجته إذا كان متزوجا بإبنتها لكفوا عن مهازلهم .

حكمية التحريم لتلك الأنواع الأربعة بسبب المصاهرة . هي أن المصاهرة  
ورابطة كرابطة النسب ، فإن المرأة إذا تزوجت من رجل أصبحت فردا من  
الأسرة . أبوه كابنها ، وابنه كابنها ، ومثلها في ذلك الرجل فبنواته تصبح أم زوجها  
كأمة وبناتها كبناته ، وهذا ما ينادى به عرف الناس وواقع حياتهم .

وإذا وجدت هذه الرابطة كان الاختلاط بين هؤلاء ضروريا فالأبن يخالط  
زوجة أبيه ، والأب يخالط زوجة ابنه ، والأم لا تستغني عن مخالطة زوج بنتها ،  
وكذلك البنت مع زوج أمها .

فلو أبيع هؤلاء الزواج لتولد في نفوسهم الطمع في العلاقات غير المشروعة  
نتيجة حتمية للمخالطة الضرورية ولم يكن ثمة علاج لقطع تلك الأطماع غير  
التحريم المؤبد .

على أن تحريم هؤلاء مانع من وقوع النزاع بين الأقارب ، فلو أبيع للرجل

أن يتزوج مطلقة ابنه ولأبْن مطلقه أبيه ، وللرجل أم مطلقته أو بنتها وقد يكون لمطلقها رغبة في إعادتها لو أصبح ذلك لشحنت النفوس بالفضاء وتقطعت الصلات وحلت العداوة محل المحبة ، والإنلام حريص على الأبقاء على علاقة القريب بقربه سليمة من كل ما يعكر صفوها .

هذا في الزواج الذي ينشئ علاقة كعلاقة النسب .

أما الدخول بشبهة وما ألحق به من الدخول الحرام (الزنى) فهو وإن لم ينشئ علاقة قرابة ولا يبيح النظر والاختلاط فالتحريم به يقضي على الشك الذي يماور النفوس ، فإن المرأة إذا تزوجت بمن خالط بنتها أو أمها غالطة غير مشروعة قبل أن يتزوجها تمشي قلقة من احتمال عودته إلى فمته وبخاصة إذا ما أصبحت قريبة منه يخالطها ويحتلي بها بعد الزواج .

والرجل الذي يتزوج امرأة بعد أن خالطها أبوه أو ابنه غالطه غير مشروعة يعيش في شك مستمر لأن هذا الزواج يقرب تلك المرأة بمن زنى بها .

وهل مع هذا الشك أو ذاك القلق تستقر حياة زوجية ويتحقق بها السكن والمودة ؟

وهل لهذا من علاج غير التحريم المؤبد للزواج هؤلاء ؟

### المبحث الثالث

#### في المحرمات بالرضاع

يحرم بالرضاع أصنافاً ثمانية : الأربعة المحرمة بسبب النسب ولا خلاف فيها بين الفقهاء ، والأربعة المحرمة بسبب المصاهرة ، وقد خالف فيها بعض الفقهاء وسنبين وجهة نظرم عند الاستدلال . وإليك تفصيل هذه الأصناف :

الأول - أصول الشخص من الرضاع : وهن أمه وأم أمه وأم أبيه من الرضاع  
مها علت درجتين ، فإذا رضع طفل من امرأة حرم عليه الزواج بمن  
أرضعت لأنها صارت أمه له ، وكذلك بأم أمه وأب أمه علت وأم أبيه  
رضاعاً وهو زوج المرضعة مها علت درجتها لأنهن صرن جدات له كما  
يحرم عليه ذلك من النسب .

الثاني - فروعه من الرضاع : وهن بنته وبنت بنته وبنت ابنه من الرضاع  
وان تزلن . فإذا رضعت طفلة من امرأة صارت ابنة لزوج المرضعة  
الذي كان سبباً في إدارار لبنها فيحرم على ذلك الرجل التزوج بهذه  
النت وفروعها ، ولو كان الرضيع طفلاً صار ابنه له فيحرم عليه التزوج  
ببناته وبنيات أولاده مها تزلن كما يحرم ذلك من النسب .

الثالث - فروع أبويه أي اخوانه وبناتهن وأخوته من الرضاع مها تزلن  
درجتين يستوي في ذلك من رضع معه أو قبله أو بعده لأنه برضاعه  
صار أخاً للجميع .

الرابع - فروع جديه من الرضاع في الدرجة الأولى فقط وهن عماته وخالاته  
من الرضاع ، لأنه برضاعه صارت أخوات المرضعة خالات له وأخوات  
زوجها عمات له فيحرم عليه التزوج بواحدة منهن كما يحرم ذلك من  
النسب ، وأما بناتهن فهن حلال له كما في بنات الخالات والعمات  
من النسب .

الخامس - أصول زوجته من الرضاع وهن : أمها وجداتها من جهة الأب والأم  
فيحرم عليه التزوج بواحدة منهن بمجرد العقد عليها سواء دخل بها أو لم  
يدخل كما يحرم ذلك من النسب .

السادس - فروع زوجته : وهن بناتها وبنات أولادها من الرضاع وإن نزلت درجتهم . فإذا تزوج رجل امرأة كانت متزوجة قبله بآخر وأرضعت طفلة فإن هذه الطفلة بنتها من الرضاع وتصير بالنسبة له بنت زوجته فتحرم عليه إذا دخل بأمرها كما يحرم عليه للتزوج بإحدى فروعها من الأناث مثل ما يحرم عليه بناتها من النسب

السابع - زوجات أصله من الرضاع أي زوجات أبيه وجده وإن علا سواء دخل بها الأب أو الجد أو لا ، فلو رضع طفل من امرأة متزوجة صار زوجها أباً له من الرضاع وأبو الزوج جداً له كذلك فإن كان للزوج زوجة أخرى غير من أرضعته حرم على الرضيع التزوج بها لأنها زوجة أبيه من الرضاع ، كما يحرم عليه التزوج بامرأة أبيه من النسب .

ثامناً - زوجات فروعه أي زوجة ابنه وابن بنته من الرضاع وإن نزل سواء دخل الفرع بزوجه أو لا .

والدليل على تحريم هذه الأصناف بالرضاع قوله تعالى في آية المحرمات : « وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » . واقتصار القرآن على الأم إشارة إلى تحريم كل من اتصل بممود النسب من الأصول والفروع ، واقتصاره على الأخوات إشارة إلى تحريم جوانب النسب وحواشيها .

لأنه لما سمى المرضعة أما وبناتها أخوات دل ذلك على أن الرضاع يصل الرضيع بمن أرضعته صلة الفرع بأصله ، وأنه يتكون بالرضاع جزئية يصير بها الرضيع جزءاً ممن أرضعته كأولادها الذين ولدتهم وهم أجزاء منها ومن زوجها وأكد ذلك بأخوة أولادها له فيكون ذلك الرضيع ابناً لها بمنزلة الابن من النسب ، فيأخذ حكمه في كل ما يتعلق بالتحريم بالنسبة للأصناف المحرمة بالنسب من البنات والعمات والحالات وبنات الأخ وبنات الأخت

« وقد فصل رسول الله ﷺ ما أجله القرآن ووضح ما أشار إليه في جملة أحاديث منها الحديث المتفق عليه المروي عن ابن عباس أن النبي ﷺ أريد على ابنة حمزة فقال: «إنها لا تحل لي إنها ابنة أخي من الرضاعة»، ويحرم من الرضاعة ما يحرم من الرحم » ، وفي رواية من النسب (١) .

وفي رواية عائشة رضي الله عنها قالت: إن النبي ﷺ قال :

« يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة » ، ومنها أن النبي ﷺ قال في ذرة بنت أبي سلمة : « إنها لو لم تكن ربيتي في حجرني ما حلت لي إنها ابنة أخي من الرضاعة أرضعتني وأبها ثوبية » (٢) . ومنها الحديث المروي عن عائشة رضي الله عنها : أن أفلح أخا أبي القعيس جاء يستأذن عليها وهو عها من الرضاعة بعد أن نزل الحجاب قالت : فأبيت أن آذن له ، فلما جاء رسول الله أخبرته بالنبي صنعت فأمرني أن آذن له « (٣) .

وفي بعض روايات هذا الحديث إنها قالت له حين جاء يستأذن عليها : «إنما أرضعتني امرأة أخيك فلا آذن لك حتى استأذن رسول الله » فلما ذكرت ذلك للرسول قال لها « لئذني له فإنه حلك » .

ولما اعتبر الشارع المرضعة أما للرضيع كأمه من النسب ، واعتبر الرضيع ابناً للرضعة كابنها من النسب كانت أم زوجة الرجل رضاعاً مثل أمها من النسب وبناتها من الرضاع كبنتها من النسب، ولما اعتبر زوج المرضعة أباً للرضيع

(١) متفق الأخبار بشوح نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٩ قالوا : إن الذي أراد من النبي هو علي كرم الله وجهه . وقد كان صلى الله عليه وسلم رضع من ثوبية مولاة أبي لباب قبل أن يجيء حليمة السعدية . وقد كانت ثوبية أرضعت قبله عمه حمزة بن عبد المطلب كما يقول ابن سعد في الطبقات الكبرى .

(٢) الفتني لابن قدامة ج ٦ ص ٥٧١ .

(٣) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٩ .



والرضيع ابناً له كانت زوجة الأب الرضاعي كزوجة الأب النسي، وزوجة الابن الرضاعي كزوجة الابن النسي .

ومن هنا ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يحرم بالرضاع كل ما يحرم بالمصاهرة كما يحرم كل ما يحرم بالنسب .

هذا وقد قرر بعض الفقهاء: أن قاعدة يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ليست على إطلاقها، بل هناك بعض صور مستثناة حيث يثبت فيها التحريم بالنسب ولا يثبت فيها التحريم بالرضاع لوجوه العلاقة المحرمة في النسب وعدم وجودهما في الرضاع . منها أولاً : أم الأخ أو الأخت من الرضاع لا تحرم . كما إذا رضع طفلان من امرأة فصارا أخوين بالرضاع، ثم رضع أحدهما من مرضعة أخرى فهذه المرضعة تكون بالنسبة للذي لم يرضع منها أم أخيه من الرضاع فتحل له، وكذا لو كان لأخيه من الرضاع أم من النسب فإنها تحل له أيضاً لعدم وجود المحرم لأنها أجنبية في الحالتين .

ولو كان الطفلان أخوين من النسب ورضع أحدهما من أجنبية وصارت أما له من الرضاع جاز لأخيه أن يتزوجها لأنها أم أخيه رضاعاً، بينما لا يجوز له أن يتزوج أم أخيه نسباً لأنها إما أمه إن كانا شقيقين أو امرأة أبيه إن لم يكن شقيقاً وكلتاها محرمة عليه الأولى بالنسب والثانية بالمصاهرة . ومثل أم الأخ في ذلك أم الأخت .

ثانياً - أخت ابنه أو بنته من الرضاع . كما إذا رضع طفل من امرأة صار ابناً لزوجها من الرضاع، فإذا كان لهذا الطفل أخت من النسب لم ترضع من تلك المرأة فإنه يحل لذلك الزوج أن يتزوج هذه البنت وهي أخت ابنه من الرضاع لعدم المحرم جينها، ومثله إذا كان للرجل ابن من النسب رضع من امرأة أجنبية ولها بنت نسيبة أو رضاعية فذلك الرجل أن يتزوج بهذه البنت وهي أخت

ابنه من الرضاع لانعدام العلاقة المحرمة بينها . بينما لا يجوز له أن يتزوج أخت  
ابنه عن النسب لأنها إما بنته أو بنت امرأته التي دخل بها وكنتها محرمة عليه  
الأولى بالنسب والثانية بالمصاهرة ، وأخت البنت كأخت الابن في كل ذلك .

ومن وقائع الرضاع التي تحدث كثيرا أن يرضع الطفل من جيبته لأمه  
فتصير أمه أختا له من الرضاع فلا تحرم على زوجها لأنها صارت برضاع طفلها  
من أمها أختا له من الرضاع فقط وأخت الابن من الرضاع لا يحرم التزوج بها  
ابتداء فلا يؤثر الرضاع الطارئ على تلك الزوجية بقاء من باب أولى .

ولكن الجعفرية يحرمون هذه الزوجة على زوجها هذا الرضاع مطلقا سواء  
كان زوج المرضعة التي هي أم الزوجة أبا للزوجة أو أجنبيا عنها (١) .

وهذا الرأي كما ترى فيه حرج كبير . حيث إنه يترتب عليه بطلان الزواج  
في كثير من الصور حيث إن أم المرأة تقوم بأرضاع أطفال ابنتها إذا كان لها  
لبن لأنها أقرب الناس إليها . وربما يخفف هذا الضرر تشدهم في مقدار الرضاع  
المحرم حيث قدروه بخمس عشرة رضعة متوالية لم يفصل بينها فاصل كما سيأتي  
بيانه قريبا .

ثالثا - أم ولد ولده رضاعا كما إذا أرضعت أجنبية ابن الابن أو ابن البنت  
فإنها تصير أم هذا الابن رضاعا فيحل لجد الولد أن يتزوجها مع أنه لا يجوز له  
أن يتزوج أم ابن ابنه أو أم ابن بنته نسباً ، لأن الأولى زوجة ابنه والثانية بنته  
والأولى محرمة بالمصاهرة والثانية بالنسب . وكذلك لو أرضعت زوجة الابن  
طفلا أجنبيا فإنه يكون ابن ابن رضاعا فإذا كانت له أم نسيبة أو رضاعية  
أخرى لا تحرم على الجد الذي هو أبو زوج تلك المرضعة .

---

(١) راجع فقه الإمام جعفر الصادق للشيخ محمد جواد مغنية ج ٥ ص ٢٣١ وما بعدها .

رابعاً - أم الممة أو العم أو الخال أو الخالة من الرضاع لعدم العلاقة المحرمة  
بيننا تحرم إذا كانت من النسب لأنها إما جدة لأب أو لأم أو امرأة الجد .

وما ينبغي التنبيه عليه هنا أن تلك الاستثناءات صرح بها بعض الفقهاء بناء  
على أنهم أخذوا قاعدة : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » على إطلاقها  
أما إذا لاحظنا أنها مقيدة بما إذا وجدت بالرضاع صلة ورابطة كرابطة النسب  
كأصلية وفرعية أبوين أو فرعية جدین ، فإذا لم توجد الرضاعة هذه الرابطة فلا  
يتعلق بها تحريم <sup>(١)</sup> .

ومن تأمل الصور السابقة وجد أن الرضاعة لم توجد علاقة بين الشخصين  
الذي يحل أحدهما للآخر . بل إن بعض صور النسب لا يوجد فيها تحريم لعدم  
وجود العلاقة المحرمة مثل الأخوين لأب إذا كان لأحدهما أخت لأمه فهي أخت  
أخيه من النسب ومع ذلك لا تحرم عليه لعدم الرابطة بينها لأنها بالنسبة إليه  
أجنبية ، وغاية ما فيها أنها بنت زوجة أبيه وهي حلال له .

( خلافاً فريق من الفقهاء في تحريم بعض الأصناف السابقة ) .

قدمنا أنه لا خلاف في التحريم بالرضاع لما يحرم بالنسب ، وأما التحريم به  
لما يحرم بالمصاهرة فقد كان موضع اختلاف الفقهاء وقد عرفت رأي جمهور  
الفقهاء فيه فيما سبق .

وخالف في ذلك الظاهرية والجمهورية وابن تيمية وتلميذه ابن القيم فذهبوا إلى  
أنه لا يرم بالرضاع إلا ما يحرم بالنسب مؤيدین دعواهم بأن القرآن ذكر في آية  
المحرمات ثلاثة أنواع وهي المحرمات بالنسب والمحرمات بالمصاهرة والمحرمات  
بالرضاع ، واقصر في النوع الأخير على الأمهات والأخوات وهو إشارة إلى إلحاق

---

(١) راجع منهاج الطالبين وشرحه ج ٣ ص ٢٤٧

الرضاع بالنسب حيث جعل المرضع أما وبناتها أخناً ، وجاءت السنة المطبقة للكتاب مصرحة بهذا الأحاق « يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » ولم يتعرض لإحاقه بالمصاهرة حتى يحرم بالمصاهرة .

والسكوت في موضع البيان بيان . وحيث لم يوجد دليل على تحريم تلك الأصناف بقيت على الحل الثابت بقوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم » ولا يصح قياس المصاهرة من طريق الرضاعة على المصاهرة من طريق النسب لأن المعنى الذي من أجله ثبتت المحرمة في الثاني وهو الاختلاط الناشئ عن اندماج الأسرتين غير موجود في الأول .

وقد قال ابن القيم : إن هذه مسألة اجتهدية اختلف فيها الفقهاء المتقدمون وكان من القائلين بدمم حرمة هذه المصاهرة عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وغيرهما من الصحابة والتابعين ورجح هذا القول (١) .

#### ما عليه العمل من هذين الرأيين :

أما في جمهورية مصر العربية فالعمل بمذهب الحنفية الذي هو مذهب الجمهور وإن كانت لجنة الأحوال الشخصية التي كلفت بوضع مشروع قانون عام للأحوال الشخصية اختارت الرأي الثاني القائل : بأنه لا يحرم بالرضاع إلا ما يحرم بالنسب حيث جاء في المادة الثانية عشرة من هذا المشروع ما يلي :

أ - يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا تثبت المحرمة بالرضاعة إلا من من المرضع .

---

(١) من أراد المزيد من ذلك فليراجع إلى زاد الماد لابن القيم ج ٤ . وراجع الفتاوى المتابع ص ١٩٩ والفتاوى لابن قدامة ج ٦ ص ٥٧١ فإنه يقول : ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وتقتصر على ذلك .

ب- لا تثبت حرمان المصاهرة من طريق الرضاع .

أما في لبنان فإن العمل يجري فيها بقانون حقوق العائلة وهو يأخذ بالرأي الثاني الذي يقصر التحريم بالرضاع على المحرمات بالنسب فقط ، فقد نصت مادته السابعة عشرة على المحرمات بالنسب وهن أربعة أصناف .

وتحمي المادة الثامنة عشرة تقول : « تزوج النساء بالرجل الذي بينه وبينهن قرابة بالرضاع ممنوع أبداً كالنساء ذوات الرحم المحرم المذكورات في المادة السابقة :

وفي المادة التاسعة عشرة يعد المحرمات بسبب المصاهرة وهن أربعة أصناف : وهذا الصنيع صريح في قصر التحريم بالرضاع على ما كان بالنسب فقط ، لأنه سمى العلاقة التي بين الرجل والمرأة الخاصة بالرضاع قرابة وجعل حكم النساء المحرمات بالرضاعة كالنساء ذوات الرحم المحرم المذكورات في المادة قبلها . ثم تعد المحرمات بالمصاهرة أربعة أصناف فقط في المادة اللاحقة ولم يمرض فيها للتحريم بالرضاع .

#### الرضاع المحرم :

إذا عرفت الأصناف المحرمة بالرضاع المحرم وفقاً وخلافاً فلا بد لك من معرفة حد الرضاع المحرم حيث لا يثبت التحريم بكل ما يسمى رضاعاً . وهذا يدعو إلى بيان الأمور الآتية :

معنى الرضاع في عرف الفقهاء . شروط التحريم به . حكم اللبن المتخوط بغيره . هل يتعدى التحريم به إلى الرجل الذي كان سبباً في تزوجه ؟ ما يثبت به الرضاع . معنى الرضاع : هو في اللغة : مص اللبن من الثدي سواء كان ثدي آدمية أو غيرها وسواء كان الماص صغيراً أم كبيراً .

وفي اصطلاح الفقهاء : مص الطفل الرضيع اللبن من ثدى المرأة في  
مدة معينة .

وقد ألتقى جمهور الفقهاء بالمص لإدخال اللبن إلى جوف الطفل بأي وسيلة .  
كإعطائه له بواسطة إناث أو أنثوية من طريق الفم أو فتحة طبيعية . لأنه بذلك  
يصل إلى صوفة ويتحقق به التغذية ، والتحرير منوط بأنبات اللحم وإنشاز  
العظم بهذا اللبن لا بصورة مص الطفل الثدي ، واقتصارهم في التعريف على مص  
الثدى لأنه الغالب فيه كما جرت به العادة . لذلك قرروا أن إدخال اللبن في جسم  
الطفل من طريق غير طبيعي كالحفنة أو بواسطة جرح أو حقنة من الشرج  
لا يتعلق به التحريم ، لأنه لا يصل إلى المعدة التي تقوم بعملية تحويل الغذاء  
وتوزيعه على الجسم .

لكن فقهاء الجعفرية قصرُوا الرضاع المحرم على مص الثدي ، ثم قالوا فلو  
أوجر اللبن في فم الطفل أو سعط به في أنفه لا يتعلق به تحريم ، لأن النص جاء  
بالرضاع ، وأماحكم اللاتي أرضعنكم ، والمتبادر منه هذا المعنى . وقد علمت  
أن علة التحريم هي إنبات اللحم وإنشاز العظم لا مجرد المص .

فإذا تحقق الرضاع صارت المرضعة أما للرضيع وبناتها أخوات له ، لأن  
الطفل يتغذى باللبن في مدة الرضاعة بل هو غذاؤه الأساسي فيكون اللبن من  
مكونات جسمه وهو جزء من المرأة خرج من صافي دمها فيصبح الطفل كجزء  
منها فيكون ابنًا لها وتصبح بناتها أخوات له وأما جدته وأخواتها خالاته .  
كذلك يصير زوجها أباه وأخواته عماته عند جماهير الفقهاء .

وعلى ذلك لا يكون رضاع الكبير ناسراً للمحرم إلا على رأي شاذ لبعض  
الفقهاء . وكذلك رضاع الصغير بمد مدة الرضاع المقررة شرعاً لعدم تأثير اللبن  
في بناء جسمه .

## شروط الرضاع المحرم :

يشترط في الرضاع المحرم شروطاً بعضها متفق عليه بين الفقهاء وبعضها الآخر مختلف فيه . فيشترط في المرضعة أن تكون آدمية بالاتفاق فلا يحرم الرضاع من غير آدمية لأنه لا يحقق العلاقة المحرمة ، فلو اجتمع طفلان على ثدي غير آدمية أو شربا لبنها لا يتحقق به أمومة فلا يثبت ما يتفرع عنها من الأخوة وغيرها ثم إن الحنفية لا يشترطون فيها أكثر من ذلك فيستوى عندهم التي در لبنها بسبب الولادة من زواج أو غيره <sup>(١)</sup> .

فإذا ولدت امرأة من الزنى وأرضعت طفلاً ثبت به التحريم بالنسبة للمرأة والرجل الذي زنى بها فتصير أمًا للرضيع والرجل أباه رضاعاً . لأن شرط اللبن المحرم في جانب الرجل عندهم أن يكون نازلاً بسبب الحمل والولادة منه .

ويرافقهم المالكية في القول المعتمد في مذهبهم ، لأن الشرط عندهم أن يكون اللبن نازلاً بعد أن يخالط الرجل - المرأة مخالطة تامة سواء ثبت نسب الولد منه أو لا .

والشافعية <sup>(٢)</sup> والحنابلة يذهبون إلى أن الرضاع من اللبن النازل بسبب الرضخ يحرم في جانب المرضعة فقط ولا يحكم له بالنسبة إلى الرجل لأن شرط التحريم في جانبه أن يكون الولد الذي نزل بسببه اللبن ثابت النسب منه وفي الزنا لا نسب فلا تحريم ، وعلى ذلك يشترط للتحريم بالرضاع بالنسبة للرجل أن تكون المرضعة ولدت منه بنكاح صحيح أو بمخالطة بشبهة .

---

(١) ثم زادوا على ذلك فقالوا : إنه لو در المرأة لبن من غير ولادة ورضعه طفل تعلق به التحريم لبياً كانت أو بكراً ، بل أنهم لم يشترطوا حياة المرضعة عند الرضاعة قالوا : لو ماتت امرأة وكان بها لبن ويحياها طفل التتم ثديها عقب موتها تعلق به التحريم .

(٢) راجع شرح المنهاج لمجلشة القليوني ج ٣ ص ٧٤١ .

أما الجعفرية فيشترطون في المرضعة أن يكون لبنها حر عن ولادة من تكاج صحيح أو غالبة بشبهة على الصحيح عندهم . لأن الحرمة تابعة لثبوت النسب فما لم يكن هناك نسب لا تحریم مطلقاً .

فلو نزل لبنها من زنا أو نزل بدون سبب لا ينشر الحرمة مطلقاً لا في جانب المرأة ولا في جانب الرجل (١) .

ويشترط في لبن الرضاع : أن يتحقق من وصوله إلى معدة الرضيع باتفاق الفقهاء . فإن لم يتحقق ذلك بأن التعم الطفل ثدى المرأة ولم يعلم أَرْضَع أم لا لا يثبت التحريم ، لأن الحل هو الأصل ولا يعدل عن هذا الأصل إلا بيقين ، ولا يقين مع الشك والأحكام لا تثبت مع الشك .

وهل يشترط فيه أن يكون خالصاً غير مخلوط بغيره ؟

الجعفرية يشترطون ذلك لاعتبارهم في الرضاع خصوص مع اللبن من الثدي فلا يكون اللبن المخلوط بغيره اعتباراً لأنه لا يخلط إلا بعد حلبه من الثدي .

وفقهاء أهل السنة وبخاصة الحنفية لا يشترطون ذلك بل لهم في خلط لبن المرأة بغيره التفصيل الآتي :

أ - إذا خلط بسائل آخر كالماء والبرء ولبن الحيوان فالحكم للغالب ، فإن غلب اللبن ثبت التحريم ، وإن غلب السائل فلا تحريم ، لأن القليل يستهلك في الكثير ، وإن تساوى ثبت التحريم احتياطاً . وتعتبر الغلبة بالأجزاء إذا خلط لبن المرأة بلبن الحيوان أو بالماء ، وتغير اللون والطعم إذا خلط بالبرء ونحوه .

(١) المختصر النافع ص ١٩٩ ، فقه الإمام جعفر الصادق - ص ٢٢٠ مسائل الخلاف



ب - إذا خلط لبن امرأة أخرى فالراجح في المذهب الحنفي أنه يثبت به التحريم من المرأتين جميعاً دون نظر إلى كثرة أحدهما وقلة الآخر أو تساويهما لأن اللبنين من جنس واحد . وعند اتعاد الجنس لا يتلاشى أحدهما في الآخر لاتعاد المقصود منها وهو إنبات اللحم وإنشاز العظم . وهذا رأي زفر ومحمد بن الحسن . وذهب أبو يوسف إلى أن المعبرة للغالب فإن تساوى ثبت التحريم منها جميعاً .

ج - إذا خلط لبن المرأة بغير سائل كالطعام فإنه لا يتعلق به تحريم مطلقاً عند أبي حنيفة سواء طبخ على النار أو لا ، لأن خلط اللبن بالطعام استهلاك له فيه فإن الطعام أقوى في التغذية من اللبن فيكون هو الغذاء . وعند أبي يوسف ومحمد المعبرة بالغالب إذا لم يطبخ ، فإذا طبخ لا يحرم ، ومثل ذلك إذا خرج اللبن عن سيولته بأي صنعة لأن اسم الرضاع لا يتناول في هذه الحالة .

وهل يشترط فيه مقدار معين ؟

اختلف الفقهاء في ذلك . فمنهم من لم يشترط قدراً معيناً بل يستوى فيه القليل والكثير ، ومنهم من يشترط للتحريم قدراً معيناً وهؤلاء مختلفون في تحديد هذا القدر :

ومنبأ هذا الاختلاف أن القرآن جاء في الرضاع مطلقاً غير مقيد بغير حصول الرضاع ، وورد في السنة أحاديث بعضها مطلق كالقرآن وبعضها قيد بمدة . ولو صحت هذه الأحاديث المعينة لاتفق الجميع على مدلولها . ولكن أنظارهم اختلفت في صحتها .

ومن هنا جاء الاختلاف ، وإليك آراء الفقهاء في ذلك .

الرأي الأول : إن قليل الرضاع وكثيره محرم وإليه ذهب الحنفية والمالكية

وأحمد في رواية . وحجتهم في ذلك قوله تعالى « وأمهاتكم اللائي أرضعنكم وأخواتكم في الرضاعة » ، وقول رسول الله ﷺ « يحرم بالرضاعة ما يحرم بالنسب » فقد ورد الرضاع فيها مطلقاً والأصل في المطلق أن يعمل على إطلاقه حتى يثبت ما يقيد به ولم يثبت عندهم هذا التقييد .

ويؤيد ذلك أن رسول الله في بعض الوقائع أصدر حكمه في الرضاع دون أن يستفسر عن عدد الرضعات ، ولو كان للرضاع المحرم عدد معين لسأل الرسول عنه قبل أن يأمر الزوج بممارسة زوجته .

فقد روى البخاري وغيره أن رجلاً تزوج امرأة فجاءت أمة سوداء فذكرت أنها أرضعتها ، فجاء إلى الرسول يخبره بذلك فأعرض عنه أول الأمر ، ولما كرر السؤال قال له الرسول : « كيف وقد قيل دعها عنك » . أمره بالمسارعة ولم يستفسر منه عن عدد الرضعات ، وتركه الاستفسار دليل على أنه ليس فيه عدد مقدر بل يكفي فيه أصل الأوضاع .

نعم إن الحكمة في التحريم بالرضاع هي أن الرضيع يتغذى بلبن المرضعة فيصير بعضه جزءاً منها . وهذه الجزئية لا يعلم بيقين أي مقدار يحققها ، ومثله لا يعلم إلا من صاحب الشرع ولم يرد دليل صحيح يعين مقداراً معيناً ، وما استدلل به المحدثون لا يرقى إلى درجة الاستدلال به فضلاً عن أنه يقيد مطلق القرآن كما سنينه قريباً فيبقى المطلق على إطلاقه .

الرأي الثاني - إن التحريم لا يثبت إلا بخمس رضعات مشبعات في أوقات متفرقة ، فإن كان أقل من ذلك فلا تحريم . وإلى هذا ذهب الشافعية والحنابلة في الرأي الرابع من مذهبهم . وإن لم يتوفر في الرضعة الشبع لا تصب ، وحد الرضعة المشبعة عندهم . أن يأخذ الصبي الثدي ويمص منه ثم يتركه باختياره من

غير عارض كنتفس أو شيء يليه عن الرضاع، فإذا فعل ذلك ثم عاد إلى الرضاع فإنه لا يخرجها عن كونها رضعة واحدة .

وانتدوا على ذلك بما زواه مسلم وأبو داود والنسائي عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها أنها قالت : « كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرم من ثم نسخن بخمس معلومات . فتوفى رسول الله وهن فيما يقرأ من القرآن وفي رواية قالت : أنزل في القرآن عشر رضعات معلومات فنسخ من ذلك خمس رضعات إلى خمس رضعات معلومات فتوفى رسول الله والأمر على ذلك <sup>(١)</sup> .

ثم قالوا : إن علة التحريم بالرضاع هي أنه ينبت لحم الصغير ويلتزم عظمه .

يشير لذلك قول رسول الله « لا يحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم وأنشز العظم » <sup>(٢)</sup> ولا يكون ذلك إلا برضاع يوم كامل على الأقل وهو لا يقل عن خمس رضعات .

الرائى الثالث : وهو يتفق مع السابق في أن المحرم عدد معين من الرضاع ولكنه يختلف عنه في تقدير العدد حيث قدره بخمس عشرة رضعة . وإلى هذا ذهب الجعفرية .

ففي كتبهم . المحرم هو ما أنبت اللحم وشد العظم أو رضاع يوم ولية ولا حكم لما دون العشر روايتان أشهرهما ، ولو رضع خمس عشرة رضعة ينشر . ويعتبر في الرضعة قيود ثلاثة . كمال الرضعة ، وامتصاصها من الثدي ، وبالإضافة

---

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٣ .

(٢) وفي رواية « وأنشر العظم » بلراء ومؤداهما واحد ، لأن أنشر بلراء بسطه ومدة أنشز بالزأى رضعه .

بين الرضعات برضاع غير المرضعة (١) .

وأستدلوا على ماذهبوا إليه بأن الأصل عدم التحريم ، والرضاع المحرم هو ما أنبت اللحم وشد العظم كما صرح بذلك الحديث المروى عن رسول الله وهو « الرضاع ما أنبت اللحم وشد العظم » وقوله « الرضاعة من المجاعة » وإجماع فرقتهم إلا من شذ ، وبما روى أن الإمام جعفر بن محمد عما يحرم من الرضاع ؟ فقال : ما أنبت اللحم وشد العظم ، قال السائل : فيعبرم عشر رضعات ؟ فقال الإمام : لا لأنه لا ينبت اللحم وشد العظم عشر رضعات (٢) .

ثم قالوا : إن ماذهب إليه غيرنا لا دليل عليه ، وردوا الحديث المروى عن عائشة بأن قولها « ثم نسخن بخمسين معاليم » ذلك من قولها ولم تبين النسخ وقول الراوي : إنه نسخ كذا لكذا لا يقبل إلا إذا بين الدليل النسخ لينظر فيه هل هو نسخ أولا ، وهل يصلح ناسخا أو لا (٣) .

تلك آراء الفقهاء وأدلتهم . والناظر فيها يجد أن ما استدل به المحددون لرضعات معينة لا يصلح للاستدلال به على ذلك التقيد حتي يقيد مطلق القرآن .

أما ما استدل به الشافعية ومن معهم وهو الحديث المنسوب لعائشة فقد رده المحدثون بأنه لم يثبت عنها ، بل قال فيه الطحاوي من الخفية : أنه حديث منكرو .

---

(١) المختصر المتابع ص ١٩٩ .

(٢) فقه الإمام جعفر ص ٧٧٥ .

(٣) الأحكام الجعفرية ص ٩٧ .

وقال فيه ابن العربي : « إنه أضعف الأدلة لأنها قالت : كان فيما نزل من القرآن ، ولم يثبت أصله فكيف يثبت فزعه » . يريد أنه لم يثبت أنه من القرآن فكيف يثبت به الحكم المأخوذ منه . على أنه روى برويات مضطربة ولو أخذ به على ظاهره لفتح باب الطعن في القرآن لأن عبارة فتوفي رسول الله وهم فيما يقرأ من القرآن . وهم أن القرآن سقط منه شيء ، فأولى لهم أن يبحثوا عن دليل آخر ، وليس معهم إلا قول الرسول « لا يعرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم وأنثر العظم » وليس فيه تحديد لعدد الرضعات بنمى ولا بغيرها .

على أن هذا الحديث قاله الرسول : بيانا لكون الرضاع لا يعرم إلا إذا حصل في مدة الرضاع . وهي المدة التي يعتمد فيه الصبي في غذائه على اللبن ويصدق عليه أنه ينبت اللحم وينثر العظم ، أما رضاع الكبير فلا يفعل به ذلك ويؤيد ذلك حديث « إنما الرضاعة من الجماعة » وقصة هذا الحديث رواها البخاري ومسلم وغيرهما عن عائشة قالت : « دخل على رسول الله ﷺ وعندى رجل ، فقال من هذا ؟ قلت أختي من الرضاعة ، قال يا عائشة أنظرن من أخوانكن فإنما الرضاعة من الجماعة » <sup>(١)</sup> فهو يفيد أن الرضاعة التي تثبت بها الحرمة هي التي يكون الرضيع فيها طفلا يسد اللبن جوعته .

وهذا لا يفيد الجعفرية الاستدلال بهذين الحديثين على التقدير الذي قالوه . أما ما استدلوا به من إجماع فرقتهم فلا يلزمنا لأن إجماعهم ليس حجة على غيرهم . وأن كان الأجماع ليس حجة عندهم كما هو مقرر في أصول الفقه . بقي بعد ذلك استدلالهم بما روي عن الإمام جعفر وهو لا يخرج عن كونه

---

(١) نيل الاوطار ج ٦ ص ٢٦٨

رأياً لهم فيه أن العشر رضعات لا تثبت لحما ولا تشتر عظاما والتقدير  
لاتعلم إلا من الشارع .

وإذا كان الجعفرة يعتبر أحوال أنتمهم حجة . فإن في قول الصادق  
التعديد بخمس عشرة رضعة ؟

وبهذا يرجع لنا الرأي الأول وهو قول القائلين بأن الرضاع محرم قليلا  
كان أو كثيراً لعدم وجود الدليل الصحيح المقيد لأطلاق القرآن . وهو مذموب  
الكثير من الصحابة والتابعين . وهذا لا يتعارض مع كون علة التحريم بالأرضاع  
أنه ينبت اللحم وينشر العظم التي اتفق عليها الفقهاء ، لأن مسألة إنبات اللحم  
وإنشاز العظم التي تجعل الرضيع كجزء من المرضعة أمر خفي ويختلف باختلاف  
الرضعات . فرب رضعة تفعل ما لا يفعله العدد من الرضعات . فهو لا يتوقف  
على عدد معين .

من أجل هذا أفاض الشارح الحكم بالأرضاع الدال على ذلك المعنى . وهذا ظاهر  
يُعلم الحكم بوجوده ، ولو أناطه بحقيقة الأنبات لثق على المكلفين معرفة الرضاع  
المحرم من غيره .

ولو صح عن رسول الله بيان لعدد معين لأخذنا به لأنه وحى من  
العلم الخبير .

#### مدة الرضاع :

وبعد ذلك بشرط في نفس الرضاع أن يكون في مدة معينة وهي الأرضاع  
قبل الفطام باتفاق جمهور الفقهاء . وبعد اتفاقهم على ذلك اختلفوا في مقدارها  
على أقوال . عددها الشوكاني في نيل الأوطار <sup>(١)</sup> تسعة ، وسكتفي منها هنا

---

(١) الثاني : الحولان وما قاربها . الثالث : حولان واثنا عشر يوماً ، الرابع : ثلاثون =

بذر قوس واحد تؤيده الأدلة من القرآن والسنة . وهو أن مدة الرضاع سنتان من وقت ولادة الطفل ، فأى رضاع يحصل فيها يثبت به التحريم ، ولو قطع الطفل قبل تمامها ثم عاد إلى الرضاع قبل أن تنتهى ، أما ما يقع بعدها فلا يتعلق به التحريم .

وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء أبو يوسف وعمر بن محمد من الحنفية والأئمة الثلاثة<sup>(١)</sup> والجموعية وغيرهم .

والدليل على ذلك من القرآن الكريم قوله تعالى : « والوالدان . يرضعن أولادهم حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » / البقرة / ٢٣٣ فهذه الآية تبين في صراحة أن مدة الرضاع التامة حولان كاملان ولا زيادة بعد التام . وقوله تعالى : « وفصاله في عامين » / لقمان / ١٤ وهذا صريح في أن الفصال وهو الفطام في مدة العامين لا بعدها .

ومن السنة ما يروي إن رسول الله ﷺ قال : « لا رضاع إلا ما فتق الأمعاء وكان قبل الحولين » ، وقوله . « لا رضاع إلا ما كان في الحولين » ، وقوله : « إنما الرضاعة من الجماعة » فهذه الأحاديث تقيد في مجموعها أن الرضاع المحرم هو الذي يدفع الجوع ويكتفي به صاحبه ويكون غذاء له وهذا لا يكون إلا للطفل أثناء الحولين .

وما يوصل بالتحريم بالرضاع مسألة اشتهرت في كتب الفقهاء بمسألة لبن

---

== شهر ، الخامس : ثلاث سنين ، السادس : سبع سنين ، السابع : ما كان قبل الفطام ، الثامن : ما كان في حال الصغر دون تحديد مدة ، التاسع : الرضاع يعتبر فيه الصغر ألا فيها دعت إليه الحاجة كرضاع الكبير الذي لا يستغنى عن دخوله على المرأة ويشق احتجابها منه وإليه ذهب ابن تيمية .

(١) الإمام مالك في المسهور عنه مع الجوزة ، وفي قول له يستحسن التحريم في الزيادة اليسيرة على العامين رمي في قول مقدرة بشهر وفي قول بثلاثة أشهر . بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٢ .

الفاعل . وهي أن المرأة التي أرضعت طفلاً بابنها الذي نزل بسبب ولادتها من رجل . فهل تعد الحُرمة إلى ذلك الرجل فيصبح أباً للرضيع كما جارت المُرْضعة أما لا ؟

مسألة اختلف الفقهاء فيها قديماً من عهد الصحابة واستمر فيها بعده من عصور .

فذهب بعض الفقهاء من التابعين ومن بعدهم إلى أنه لا يثبت به التحريم فلا يصبح الرجل أباً للرضيع . فلو أن امرأة ولدت من زوجها وأرضعت طفلة فإنها لا تحرم على زوج المُرْضعة فيجوز له أن يتزوجها . كما أنها لو أرضعت طفلاً لا يحرم على هذا الطفل بنات الرجل من غير المُرْضعة . ولو كان للرجل زوجتان فأرضعت إحداها طفلاً وأرضعت الأخرى طفلة جاز تزويج أحدهما من الآخر حيث لا أخوة بينهما .

. ووجهوا رأيهم بأن المعنى الذي من أجله جعل الرضاع محرماً في جانب المرأة ليس موجوداً بمحائب الرجل . ذلك أن منشأ التحريم بالرضاع هو أن الرضيع أخذ جزءاً من المُرْضعة وهو لبنها ومنه نبت لحمه ونشأ عظمه فكان جزءاً منها . وبواسطة هذه الجزئية ثبتت الحرمة بين الرضيع والمُرْضعة وهذه الجزئية غير موجودة بين الرضيع وزوج المُرْضعة فانعدمت الصلة بينها فلا تمتد الحرمة إلى الرجل .

وذهب جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين وأصحاب المذاهب الأربعة والأوزاعي والشافعية وغيرهم إلى أنه يثبت بالرضاع التحريم بالنسبة للرجل الذي تسبب في نزول اللبن ، فلو أن الزوجة أرضعت طفلة أجنبية باللبن الذي تسبب زوجها في نزوله حرمت هذه البنت على زوجها وعلى آيائه وأبنائه ، لأنها بنته من الرضاع فتصير كالبنت النسيئة .

وكذلك لو أرضعت طفلاً فإنه يحرم عليه التزوج ببنت هذا الرجل مطلقاً



سواء كن من هذه الزوجة أو من غيرها . لأن ابن المرأة مشترك بينها وبين من كان سبباً فيه وهو الرجل ولولاه لما كان ابن فينسب الطفل إليها معاً . والدليل على ذلك من السنة ما رواه الجماعة عن عائشة رضي الله عنها : أن أفلح أخا أبي القعيس جاء يستأذن عليها وهو معها من الرضاعة بعد أن نزل الحجاب ، قالت فأبيت أن أذن له ، فلما جاء رسول الله أخبرته بالذي صنعت فأمرني أن أذن له <sup>(١)</sup> .

ولقد سئل ابن عباس عن رجل له جارتان أرضعت أحدهما جارية والأخرى غلاماً فهل يتزوجان فقال لا : القحاح واحد ، وكلما يثبت بالرضاع الأبوة والأمومة للرضيع يثبت به الأخوة بين الرضيع وأولاد المزمعة وأولاد زوجها .

والأخوان من الرضاع قد يكونان شقيقين وقد يكونان لأم وقد يكونان لأب .

فإذا أرضعت امرأة طفلين بلبن سببه الولادة من رجل واحد كان الرضيمان شقيقين . وإذا أرضعت أحدهما بعد ولادتها من زوج ثم أرضعت الآخر بعد ولادتها من زوج آخر كان الرضيمان أخوين لأم ، وإذا كان لرجل زوجتان فأرضعت إحدهما طفلاً وأرضعت الثانية طفلاً آخر كان الطفلان أخوين لأب . ثم إن أخوة الشخصين بسبب الرضاعة من امرأة تثبت برضاها منها في أي وقت سواء رضعا معاً في وقت واحد أو في وقتين مختلفين . وكذلك لو رضع

---

(١) قيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٩ . وفي بعض الروايات قالت عائشة : دخل علي أفلح فاستترت منه فقال : استترت مني وأنا عك ؟ قلت : من أين ؟ قال : أرضعتك امرأة أخي . قلت : إنا أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل ، فدخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم فحدثته ، فقال : إنه عك فبلج عليك . وراجع أيضاً للمفني لابن قدامة ج ٦ ص ٥٧٢ . وشرح المنهاج - ٣ ص ٢٤٢ .

طفل من أم طفل آخر صار أخاً له من الرضاع ولو لم يرضع ابن المرأة منها أصلاً .

والجعفرية يشترطون في إثبات الأخوة بالرضاع أن يكون اللبن لفعل واحد وهو زوج المرضعة فيحرم الصبيان يرتضعان بلبن واحد ولو اختلفت المرضعتان . ولا يحرم لو رضع كل واحد من لبن فعل وإن اتحدت المرضعة . وعلى ذلك يكون المحرم عندهم الأخوة لأب وأم أو الأخوة لأب فقط ، أما الأخوة من الأم رضاعاً فلا تكفي في نشر الحرمة . ومن هنا قالوا : يحرم أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعاً على المرتضع وأولاد المرضعة ولادة لا رضاعاً ، وبهذا اختصاص قاعدة يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فيستثنى منها الأخت لأم فقط من الرضاعة لأن الأخت لأم من النسب تحرم <sup>(١)</sup> .

وبهذا تراهم يفلتون جانب الرجل صاحب اللبن على جانب المرأة . فضيقوا دائرة التحريم بسبب الأخوة من الرضاع ، ولكنهم من جهة أخرى وسعوا دائرة التحريم به بالنسبة لأبي الرضيع نسباً فحرموا عليه أن يتزوج من أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعاً على الراجع عندهم لأنهم في حكم ولده . كما حرموا عليه التزوج من أولاد المرضعة التي أرضعت ولده نسباً لا رضاعاً <sup>(٢)</sup> .

ما يثبت به الرضاع :

إذا كان الرضاع معروفاً بين الناس فالتحريم به ثابت لا يحتاج إلى دليل يثبته .

(٢) المختصر النافع ص ١٩٩ . وفقه الإمام جعفر ج ١ ص ٢٢٤ وما بعدها .

(١) المختصر النافع ص ١٩٩ وفقه الإمام جعفر ج ٨ ص ٢٣٠ وقد قيل إنهم حرموا على صاحب اللبن وهو أبوه رضاعاً أن يتزوج من أخوات من ارتضع بلبنه مطلقاً لأن أشوة الرضيع صاروا بمنزلة أولاده . ولكن هذا غير المشهور عندهم . فقد قال صاحب الجواهر . لا بأس أن يتكبح للفعل أخت المرتضع نسباً وإن كانت هي أخت ولده لمدم كونها بنتاً رضاعية ولا ربية حرة . والمحرم في النسب البنت والربية . فقه الإمام جعفر ج ٣ ص ٢٢٩ .

أما إذا لم يكن معروفاً فإنه يحتاج إلى الدليل . والمثبت له أحد أمرين :  
الأقرار أو البينة .

فالأقرار يكون باعتراف الطرفين ( الرجل والمرأة ) أو أحدهما على  
التفصيل الآتي :

إذا أقر شخص بأن هذه المرأة أخته من الرضاع فإن صدقته في إقراره  
ثبتت الحرمة بينها بهذا التصديق مطلقاً سواء كان هذا الأقرار قبل الزواج أو  
بعده ، فإن كان قبله لا يحل لها الأقدام على الزواج ، وإن كان بعده وجب عليها  
أن يتفرقا وإلا فرق القاضي بينها . ومثل ذلك ما إذا كانت المرأة هي التي  
بدأت بالأقرار وصدقها الرجل ، وإذا افترقا قبل الدخول فلا شيء للمرأة من  
المهر ، وإذا كان بعد الدخول وجب لها الأقل من المهر المسمى ومهر المثل  
ككل نكاح فاسد أعقبه دخول . ولا تجب لها نفقة في عدتها ولا سكنى .

وإذا أقر الرجل وكذبت المرأة ثبت التحريم أيضاً فلا يحل له أن يقدم على  
زواجها إن كان إقراره قبل الزواج فإن كان بعده وجب أن يفارقها ، فإن لم  
يفعل فرق القاضي بينها . وإذا افترقا قبل الدخول وجب لها نصف المهر ،  
وإن كان بعده وجب لها كل المهر المسمى والمرأة النفقة والسكنى في العدة ،  
لأن إقراره حجة قاصرة عليه فلا يتمدى إلى حقوق المرأة بالإبطال ، وإذا رجع  
عن إقراره فقال : كنت وأهمل أو ناسياً قبل منه هذا الرجوع في الحالتين بشرط  
ألا يكون أكد إقراره الأول بما يفيد اليقين كقوله أعلم أنها أختي . أو أشهد  
عليه . فيجوز له بعد الرجوع أن يعقد عليها ، وإن كان بعد العقد بقي العقد  
 قائماً كما كان ، لأن الرضاع مما يخفى أمره فربما يكون إقراره أولاً بالرضاع بناء  
على خبر ظنه صادقاً ، ثم تبين له كذبه . وهذا يدعو إلى التجاوز عن تناقضه في  
الأقرار أولاً والرجوع عنه ثانياً ، فإن كان أكد الأول أو أشهد عليه فلا يقبل  
منه الرجوع ويبقى التحريم قائماً .

وإذا كان الأقرار من جانبها وكذبها الرجل وكان ذلك قبل الزواج فإن

ثبتت على إقرارها ولم ترجع عنه فلا يجوز لها أن تتزوج به ، وإن رجعت عن إقرارها جاز لها التزوج منه .

أما إذا كان إقرارها بعد الزواج وكذبها فلا يلتفت إلى ذلك الأقراز وإن أصرت عليه ، لأنها متهمة في ذلك الأقرار لاحتمال أنها فعلت ذلك لتتخلص منه بهذه الدعوى . بخلاف إقراره فإنه لا تهمه فيه ، لأنه يملك التخلص منها بالطلاق وليس في حاجة إلى دعوى الرضاع .

ومن هنا قرر الفقهاء أن الزوجة تصدق في إقرارها بعد الزواج إذا كان أمرها بيدها وتستطيع أن تتخلص بالطلاق .

أما البهنة فقد اتفق الفقهاء على أن الرضاع يثبت بالبينة ولكنهم اختلفوا في مقدارها . فمن الفقهاء من يرى أنه يكفي في إثباته شهادة النساء وحدهن ، لأن الرضاع بما لا يطلع عليه الرجال فيختص بشهادة النساء ؛ وهؤلاء منهم من يكفي بامرأة واحدة إذا كانت مشهورة بالصدق والمدالة . ومنهم من يشترط العدد فلا يثبت عنده إلا بشهادة امرأتين على الأقل .

والحنفية يذهبون إلى أنه لا يثبت إلا ببينة كاملة شهادة رجلين عدلين أو رجل واحد وامرأتين كسائر الحقوق ، لأنه يترتب عليه حقوق مالية وغيرها ، ولأن دعوى الرضاع يترتب عليها أبطال حق العبد . وهو ما ثبت له بمقد الزواج وكل منها يشترط فيه تمام البينة .

ويؤيد ذلك ما روي أن عمر بن الخطاب أتى بامرأة شهدت على رجل أنها أرضعتها فقال : لا حتى يشهد رجلان أو رجل وامرأتان . وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فدل ذلك على أنه الحكم المقرر عندهم .

وقول المخالفين إنه لا يطلع عليه الرجال غير مسلم لأن المحارم من الرجال يطلعون عليه ولا حرج فيه .

ثم إن الرضاع يحتاج في إثباته إلى البينة عند إنكار أحد الزوجين له ، أما

إذا لم يكن هناك إنكار فيكفي لوجوب التفريق تصادق الزوجين على الرضاع أو إقرار الزوج به وثبوته على إقراره وإن كذبت الزوجة ، فإذا صحت هذه الشهادة وجب على الزوجين الافتراق ، فإن لم يفترقا فرق القاضي بينهما .

وبعد الافتراق أو التفريق يجب ما يجب في كل عقد فاسد . لا شيء لما قبل الدخول ، أما بعده فيجب لها مهر المثل إن لم يكن مسمى لها مهرأ أو الأقل منه ومن المسمى إذا كان مسمى مهرأ مسمى ، لأن المسمى إن كان هو الأقل ففسد رضيت به الزوجة فلا يزداد على ما رضيت به ، وإن كان مهر المثل هو الأقل فهو الواجب الأصلي في كل زواج فاسد ولا يعدل عنه إلا إذا وجد مقتض للعدول عنه ، وإذا لم تصح البينة بأن نقص المدة أو كان الشهود غير عدول فإنه لا اعتبار لها في القضاء فلا يملك القاضي التفريق بينهما .

أما من ناحية الديانة فالورع يلغى على الزوجين أن يفترقا لاحتمال صدق هذه الشهادة في الواقع<sup>(١)</sup> .

فقد روي أحمد والبخاري عن عتبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب فجمعت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما قال : فذكرت ذلك للنبي ﷺ فأعرض عني . قال : فتنحيت فذكرت ذلك له فقال كيف وقد زعمت أنها قد

---

(١) إذا أخبرت امرأة الزوجين بأنها أرضعتها أو أن بينها أخوة من الرضاع فلما أت صدقهما مما أر يكذبها وأما أن يصدقها أحدهما ويكذبها الآخر . فإن صدقها مما وجب عليها الافتراق وإلا فرق القاضي بينهما لأن الرضاع ثبت بتصديقها على أن الزواج القائم بينهما فاسد . وإن كذبها مما لا يجب عليها الافتراق ويبقى الزواج كما هو . وإن صدقها الرجل وكذبتها المرأة كان كإقرار الزوج بالرضاع فيجب التفريق لأنه لا نية في تصديق الزوج كقراره . وإن صدقتها المرأة وكذبها الرجل كان كإقرار المرأة وحدها يبقى الزواج صحيحاً كما لو كان لوجود التهمة في هذا التصديق غير أنه في كل موضع لا يجب فيه الافتراق أو التفريق يبقى معه التنزه بالمفارقة وربما لاحتمال صدق ذلك الخبر وموافقه للواقع .

أرضعتكما فنهاه عنها . وفي رواية قال له : كيف وقد قيل دهبها عنك فإن هذا الحديث يدل على أن شهادة المرأة لا تجب التفرقة وإلا لفرق الرسول بينما من أول الأمر ولم يعرض عنه إذ الأعراض قصد يترتب عليه أن يترك السائل المسألة ويكون إقراراً من الرسول على المحرم كما يفيد كراهة الإبقاء على هذا الزواج بعد هذا الأخبار فأمره بتركها جاء على سبيل الندب تورعاً واحتياطاً وهذا ما يفيد قوله عليه الصلاة والسلام : كيف وقد زعمت أنها أرضعتكما ؟

ولقد فهم الصحابة رضوان الله عليهم ذلك وعلموا به فقد . روي أن رجلاً تزوج امرأة فجاءت امرأة تزعم أنها أرضعتها فسأل الرجل علياً كرم الله وجهه فقال له : هي امرأتك ليس أحد يحرمها عليك فإن تزهدت فهو أفضل ، وروي مثل ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما .

هذا ومذهب الحنفية هو الذي يسير عليه العمل في جمهورية مصر العربية وفي لبنان في المحاكم السنية .

أما بالنسبة للمحاكم الجعفرية فيطبق مذهبهم وهو يقرر أن الرضاع يثبت بشهادة النساء مع الرجال وبشهادتين منفردات عن الرجال ولكنهم يشترطون العدد وأن تكون الشهادة على شكل معين يثبت الرضاع المحرم على مذهبهم <sup>(١)</sup> .

وما ينبغي التنبيه عليه هنا أن صحة الشهادة على الرضاع لا تتوقف على سبق

---

(١) فقه الإمام جعفر الصادق ج ٥ ص ٢٣٤ والوجه الذي شرطوا أن تكون الشهادة عليه حتى تكون مقبولة أن يقول الشاهد : أشهد أن فلانا أرتضع من ثدي فلانة من لبن الولادة المستندة إلى نكاح خمس عشرة رضعة متواليات وعلامات قبل أن يتم الرضيع الحولين من عمره فلم تكن على هذا الوجه لا تقبل لاحتمال أن يكون الشاهد يمتنع التحريم على غير هذا الوجه . وفي المختصر النافع ص ٢٨٧ في باب الشهادة : لا تقبل شهادة النساء في الهلال والطلاق . وفي قبورها في الرضاع تردد أشبهه القبول .

الدعوى من أحد الزوجين كما لا يتوقف قبولها على ذلك فيجوز لأي شخصين إعلان ثبوت الرضاع بين زوجين أن يتقدما إلى القاضي بالشهادة حسبة الله تعالى ، وعلى القاضي إذا ثبت عنده صدق هذه الشهادة أن يحكم بالتفريق بين هذين الزوجين لأن تلك الشهادة تثبت الحرمة وهي من حقوق الله تعالى ، كما تقبل الشهادة على وقوع طلاق زوج ظل يعاشر زوجته بعد الطلاق <sup>(١)</sup> .

#### حكمة التحريم بالرضاع :

قدمنا أن المرأة التي ترضع طفلا بلبنها قد أسهمت في بناء لحمه وإنشاز عظمه بعد أن دخل منها في تكوينه فيصبح كقطعة منها يشبه إلى حد كبير ولدها الذي حملته في بطنها وتغذي بفذاها ، لذلك سماها القرآن أما لهذا الرضيع وجعل بناتها أخوات له . فنشأت بينهما رابطة كرابطة النسب . وتلك رابطة كريمة تستدعي الحفاظ عليها والبعد بها عما يؤدي إلى قطعها أو تشويه جمالها .

ولما كانت رابطة الزواج لا تتفق معها منع الشارع اجتماعها فكان أن جعلها سببا من أسباب تحريم الزواج كما حرم بالنسب . وضع القرآن أصلها وفصلها رسول الله ﷺ بقوله : « يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » . نعم إن هذه الرابطة لا تتساوى مع رابطة النسب في كل جوانبها لذلك أخذت من أحكام النسب بعضها كتحریم الزواج دون باقيها من التوارث ووجوب النفقة وغيرها . على أن الشريعة الإسلامية التي انفردت بإيجاد تلك الرابطة بين المرضع والرضيع وجعلتها سببا للتحريم <sup>(٢)</sup> تهدف بذلك إلى تحقيق غرض

---

(١) ونكتفي بهذا القدر من مسائل الرضاع هنا أما بقية مسائله فترجيء الكلام عليها إلى القسم الثالث لمتعلقها بحق الرضيع .

(٢) أما اليهودية والمسيحية فليس الرضاع محرما فيهما لذا جاء في قانون العائلة في بيان المنوع تكاحه عند اليهود م ٢٦ : الرضاع ليس معدوداً من موانع النكاح . وكذلك في م ٣٢ عند بيان المنوع تكاحه عند المسيحيين .

إنساني نبيل . فقد نزل القرآن وعادة الأرضاع فاشية عند العرب تقوم به طائفة من النسوة نظير أجر ثأكل منه بينما يتمتع عنه الحرائر أنفة وترفعوا حتى جرى في أمثالهم : « تجوع الحرة ولا تأكل بثدييها » ، فأراد الشارع القضاء على تلك العادة مبينا للترفعات عنه منهن أن الأرضاع ليس مهانة للمرأة وإنما هو تكريم لها وتوسيع لدائرة أمومتها التي هي أسمى ما تتمتع به المرأة وتسمى جاهدة إلى تحقيقه .

وبذلك تفتتح قلوب النساء لهذا العمل الجليل فيقبلن راضيات على إرضاع من حرم الأرضاع بوقاة أمه أو عجزها عنه لأي سبب ما دام في ذلك ارتقاء بين إلى تلك المسكنة السامية فتصير به المرضعة أما للرضيع بعد أمه التي ولدته حتى يقف منها موقفاً سواء في التكريم والاحترام . وقد تصاب المرضع بموت أولادها فتجد العزاء فيمن أرضعتهم وتميش مع الأمومة رغم فقدما لمن ولدتهم .

وكم للحكيم سبحانه من حكم وأسرار وراء كل حكم من أحكامه تسمى العقول جاهدة للكشف عنها فينتهي بها المطاف إلى المعجز والتسليم فتنهف قائمة : سبحانه لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم .

وإلى هنا ينتهي الكلام عن المحرمات على التأييد وشرح أسباب تحريمهن فننتقل إلى الكلام عن النوع الثاني من المحرمات وهن المحرمات على التأقيت .

---

- والطائفة الدوزية جاء قانونها خالياً من النص على التحريم بالرضاع فانحصرت التحريم بسبب القرابة المهرمية والصلابة م ١٢ ، ١٣ . وهل يعتبر ذلك سكوناً عن الرضاع فيوجب فيه إلى منجذب الحنفية أم يعتبر هذا النص مقصوداً فلا تحريم بالرضاع حنم ؟



## الفصل الثاني

### في المحرمات تحريماً مؤقتاً وفيه مباحث

قدمنا أول الكلام على المحرمات أن المانع من الزواج إن كان أمراً قابلاً للزوال كانت المرأة محرمة تحريماً مؤقتاً وقد عد منها الفقهاء أصنافاً . أهمها :

- ١ - من تعلق بها حق للغير . ٢ - الجماع بين محرمين
- ٣ - المطلقة ثلاثاً قبل أن تتزوج غير مطلقها ٤ - من لا تدين بهن سماوى . ٥ - المرأة التي لا عنها زوجها حتى يكذب نفسه .
- ٦ - الزيادة على أربع . وإليك تفصيل الكلام عليها :

### المبحث الأول

#### في من تعلق بها حق للغير بالزوجة أو بالاعتداء بعدها

يحرم على المسلم الزواج بزوجة غيره لأن الله عدما من المحرمات في قوله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم . » إلى أن قال : « والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم » النساء / ٢٤ ولفظ المحصنات وإن أطلق في القرآن على العفيفات غير المتزوجات كما في قوله تعالى « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتهم من أجورهم محصنين

غير مسافعين . / المائدة / هـ وقوله : والذين يرمسون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة « النور / ٤ .  
إلا أن المراد منه هنا المتزوجات بأجماع العلماء وإلا لتناقضت مع آية المائدة حيث عدّها بمن أحلّ لنا .

ولفظ المحصنات عام يشمل كل متزوجة مسلمة كانت أو غير مسلمة . لم يستثن من ذلك إلا الزوجة التي سيبت وحدها دون زوجها لأن القرآن استثنى من المحصنات ما ملكت في قوله تعالى : « والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمنكم »<sup>(١)</sup> .

وأما تحريم المعتدة من غيره سواء كانت المدة من طلاق رجعي أو بائن أو عن وفاة فيالآيات التي أوجبت على المرأة الاعتداد وهي قوله تعالى : « والمطلقات يترصدن بأنفسهن ثلاثة قروء » وقوله : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يترصدن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » وقوله جل شأنه : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضمن حملهن » .

فإذا كان الشارع أوجب على المعتدة الانتظار من غير زواج تكون في هذه المدة محرمة على الرجال الأجانب على أن النهي عن تروج المعتدة عن وفلة جاء صريحا في قوله تعالى : « ولا تمزوا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله » بعد أن نفى الجناح عن التعريض بالخطبة . وهذه وإن كانت في شأن المائدة عن وفاة إلا أنه لا فرق بين معتدة ومعتدة فتكون كل معتدة محرمة على غير من اعتدت منه .

لكن يجوز لمن اعتدت منه أن يتزوجها في المدة بدون عقد ومهر إذا كان

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٦٨ .

الطلاق رجعيًا ، وبمقد ومهر جديدين إذا كان الطلاق بائنًا بينونة صغرى ، وأما في البينة الكبرى فلا تحمل لمطلقها إلا بعد أن تتزوج بآخر ويدخل بها ثم يطلقها وتنقضي عدتها .

وهذا التحريم متفق عليه . فإذا عقد الرجل زواجه على زوجة الغير أو ممتدته كان العقد فاسدًا لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج إن لم يدخل بها ، فإن دخل بها قبل انتهاء عدتها كان لها المهر بما استحعل منها وهو مهر المثل إن لم يكن سمي لها مهرًا أو الأقل منها إذا وجدت تسمية وعليها العدة ، بل زاد الجعفرية على ذلك أنه لو عقد على الممتدة وهو يعلم أنها محرمة عليه حرمت عليه مؤبدًا وإن لم يدخل بها ، وكذا لو عقد عليها ودخل بها وهو يحل حرمتها ، أما مجرد العقد مع الجهل بالحُرمة فلا يستلزم تأييد الحرمة <sup>(١)</sup> ويلحق بالممتدة من زواج صحيح الممتدة من دخول بعقد فاسد أو مخالطة بشبهة لأن الولد من كل منهما معترم لثبوت نسبة من أبيه .

والحكمة في تحريم زوجه الغير وممتدته أن في التزوج بهاتين اعتداء على الزوج . أما في حال قيام الزوجية فظاهر ، وأما في العدة فإن آثار الزواج لا زالت باقية ، ولأنه قد يؤدي إلى اختلاط الأنساب في بعض الصور .

وقالون حقوق العائلة يصرح في مادته الثالثة عشرة بأن « التزوج بمنكوحة الغير وممتدته ممنوع » .

### حكم الزواج بالزامية:

الزنى لا يحرم الزواج بالزنى بها لأنه لا عهدَ عليها ولم تخلق بها حق الغير

(١) المختصر النافع وفقه الإمام جعفر الصادق ج ٥ ص ٣٠٠ قال المقدم مع الدخول معمر أبدا سواء كان علنا بالحُرمة أو لا ، وأما مجرد العقد فلا يؤيد التحريم إلا مع العلم بالمحرمة مع ذلك قالوا يجب عليه المهر ويلحق به الولد لأنه وطء بشبهة .

## والمسألة فيها التفصيل الآتي :

إن كان مريد الزواج بها هو من زنى بها صح العقد عليها والدخول بها عقب العقد سواء كانت حاملاً أو غير حامل . وهذا لا خلاف فيه إلا ما روى عن الحسن البصري من أنه لا يصح الزواج من الزانية . وإذا تزوجها وجاءت بولد بعد ستة أشهر من وقت العقد عليها ثبت نسبة منه ، وإن جاءت به لأقل منها لا يثبت نسبه منه إلا إذا ادعى أنه ولده من غير أن يصرح بأنه من الزنا لاحتمال أنه جاء نتيجة عقد سابق أو مخالطة بشبهة ، والأصل أن حال المسلم يجعل على الصلاح ، وإن في ذلك ستر على الأعراس وهو مطلوب شرعاً ، وإن كان غيره فإن لم تكن حاملاً صح العقد عليها عنه جمهور الفقهاء ، وسجاز له الدخول بها من غير كراهة .

وذهب محمد بن الحسن إلى كراهة الدخول بها حتى يستبرأ بما يجيئه لجواز أن تكون حاملاً . وإن كُتِبَ حاملاً بيقين صح العقد عليها عند أبي حنيفة وعمره والشافعي إلا أنه لا يحل الدخول بها حتى تصح الحمل . أما صحة العقد عليها فلأنها لم تذكر في المحرمات فتدخل في عموم قوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » ولأن الزنا لا حرمة له حيث لا يثبت به النسب . وفي هذا يقول رسول الله ﷺ « الولد للفراش وللماهر الحجر » وإذا لم يكن له حرمة فلا يكون مانعاً من الزواج . وأما امتناع الدخول بها فلأنه يؤدي إلى أن يسقى ماءه زرع غيره وهو منهي عنه شرعاً لقول رسول الله « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقى ماءه زرع غيره » .

وقال أبو يوسف وزفر من الحنفية وأحمد في رواية لا يصح العقد عليها . لأن هذا الحمل ينجم من الدخول بها فيكون مانعاً من العقد لأن العقد لا يقصد إلا للدخول . ويرد على هذا بأنه قد قام الدليل على تحريم الدخول بها وبقي ما عداه على الحل .

ويرى الجعفرية أن المزنى به بها إن كانت زوجة أو معتدة من طلاق وجمعي  
حرمت على الزاني أبداً ، وإن كانت خلية جاز للزاني أن يتزوجها والدخول بها  
وإن لم تللب على المشهور عندهم . وفي قول يكره الزواج بها حتى تلوب . وكذا  
يجوز لغيره التزوج بها والدخول وإن كانت حاملاً غير أنه يستحب له ألا يقربها  
حتى تضع حملها .

## المبحث الثاني

### في الجمع بين محرمين

المحرمات كل امرأتين تربطها علاقة محرمة كالأختين والبلنت وأما أوجدتها ،  
والمرأة وعمتها أو خالتها أو بنت أخيها أو أختها <sup>(١)</sup> فإننا لو فرضنا إحداها  
ذكر ألا يحل له أن يتزوج الأخرى لأنه يؤدي إلى أن يتزوج الأم أخته .

والأصل في تحريم هذا قوله تعالى في سباق المحرمات « وأن تجمعوا بين  
الأختين » وليس المراد الجمع بين الأختين فقط بل هو إشارة إلى كل جمع فيه  
علاقة كعلاقة الأختين ، لأن القرآن لم يأت لبيان تفاصيل أحكام الجزئيات ،  
ولهذا جاءت السنة مبينة هذا الأجمال فيما رواه أبو هريرة عن رسول الله ﷺ  
أنه قال « لا تتكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا المرأة على ابنة أخيها  
ولا ابنة أخيها إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » <sup>(٢)</sup> وزاد في بعض الروايات :

(١) وكلورأتين التين كل منهما عمه للأخرى أو كل واحدة منهما خالة للأخرى . فالأولى كما إذا  
تزوج كل من رجلين بأم الآخر وأتى كل واحد منهما ببنت فكل من البنتين عمه للأخرى ، والثانية  
كما لو تزوج كل من رجلين ببنت الآخر وأتى كل منهما ببنت فكل من البنتين خالة للأخرى .  
حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٥٢ .

(٢) راجع منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ١٢٧ وما بعدها والبدائع ج ٢  
ص ٢٦٢ والحديث ليس فيه تكرار وإنما هو لبيان أن الجمع منوع بين الجانبين تقدمت العمدة =

« لا الصغرى على الكبرى ولا الكبرى على الصغرى » .

فالحديث بين بعض الصور وصرح بملة هذا التحريم وهي قطع الرحم التي بين الأقارب لما يقع بين الضرائر عادة من الغيرة المؤدية إلى التباغض والتنازع وقطع الرحم حرام لما أفضى إليه بكون حراماً ، وعلى ضوء الآية والحديث قرر الفقهاء قاعدة لتحريم الجمع تقول « يحرم الجمع بين كل امرأتين لو فرضنا إحداهما رجلاً لا يحل له أن يتزوج الأخرى » لما في هذا الجمع من قطع الوصلة بينها .

ولما كان الرضاع يأخذ حكم النسب بالحديث « يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » عمموا في القاعدة فجعلوها شاملة للجمع بين المرأتين اللتين ربطتهما رابطة النسب أو الرضاع ، فكما يحرم الجمع بين الأختين نسباً يحرم الجمع بين الأختين رضاعاً ، وكما يحرم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها من النسب يحرم الجمع بينها وبين عمتها أو خالتها من الرضاع<sup>(١)</sup> .

ثم إن القاعدة السابقة يشترط فيها عند جمهور الفقهاء أن تكون من الجانبين على معنى أننا لو فرضنا كلا من المرأتين رجلاً لا تحل له الأخرى كالأختين والمرأة وبنتها والمرأة وعمتها أو خالتها وما شابه ذلك فإن التحريم ثابت من الجانبين .

أما إذا كان من جانب واحد فقط كما في زوجة الرجل وابنته من غيرها فإننا لو فرضنا البنت رجلاً لا يحل له أن يتزوج الأخرى لأنها زوجة أبيه ، ولو فرضنا

---

— والحالة أو تأخرت ولو اقتصر على شرطه الأول لتوهم أن الجمع ممنوع من جانب واحد كما في إدخال الأمة على الصرة .

(١) وخالف في ذلك ابن تيمية وقلميد ابن القيم فعصرا منع الجمع على ما كان بالقرابة النسبية وأما قرابة الرضاع فلا تمنع الجمع فيجوز للرجل أن يجمع بين الأختين من الرضاع لأن الحديث يقول « قطعتن أرحامكن » والرضاع لا يثبت رحماً ، ويرد عليهم بأن الحديث الآخر أعطى الرضاع حكم النسب فكل ما حرم بالنسب يحرم بالرضاع .

الزوجة رجلاً حل له التزوج بالبت لأنها أجنبية عنه حيث إن فرضها رجلاً يخرجها عن كونها زوجة الأب فانعدمت العلاقة بينها . وعلى ذلك يحل للرجل أن يتزوج بين امرأة وامرأة أخرى كانت زوجة لأبي الأولى من قبل . ومثلها المرأة وزوجة ابنها لأننا لو فرضنا المرأة رجلاً لا يحل له التزوج بالأخرى لأنها حليلة ابنه ، ولو فرضنا زوجة الإبن رجلاً حل له التزوج بالأخرى لعدم المحرمية بينها لأن فرضها رجلاً يخرجها عن كونها زوجة للإبن .

ويكذلك المرأة وأم زوجها لأننا لو فرضنا المرأة رجلاً حل له التزوج بالأخرى لعدم العلاقة بينهما ، ولو فرضنا أم الزوج رجلاً لحرم عليها التزوج بالأخرى لأنها أمة ابنه ، وهكذا في سائر الصور المشابهة ، وإنما جاز الجمع في تلك الصور لعدم العلاقة المحرمية المانعة من الجمع فأشبهت الأجنبية فيدخلن تحت عموم قوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » (١) .

وهذا أخذ قانون حقوق العائلة . فالمادة السادسة عشرة تقول « جمع امرأتين بالنكاح كل منها محرم للأخرى نسباً أو رضاعاً ممنوع ومن المعلوم أن جمعها ممنوع أبداً إذا كانت كلتاها لو فرضت ذكراً لا يجوز تزوجه بالأخرى كالأختين أما إذا كانت إحداهما لو فرضت ذكراً ممنوع تزوجه بالأخرى وبالعكس غير ممنوع فيجوز جمعها بالنكاح كالبت وزوجة الأب » .

وذهب الجعفرية إلى أن للجمع الممنوع بين الأختين نص القرآن على ذلك ، أما الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها وبالعكس فجائز لكنهم شرطوا في إدخال البنت على عمتها أو خالتها ، فإن لم تأذن لا يجوز ، وعبارتهم : تحرم أخت الزوجة جمعاً لا عينا ، وكذا بنت أخت الزوجة وبنت أخيها فإن

(١) خالف في ذلك زفر من الحنفية وقال : يكفي وجود المانع من أحد الجانبين وعلى ذلك يمنع الجمع في تلك الصور لشبهها بالمرأة وعمتها التي ورد بها النص ، وهو مروى عن الحسن وعكرمة وابن أبي ليلى كما يقول ابن قدامة في المغني ج ٦ ص ٥٨٨ .

أذنت إحداها صح ، وكذا لو أدخل العمة أو الحالة على بنت الأخ والأخت  
صح إطلاقاً أي سواء أذنت أو لم تأذن . قالوا : لأن الله بعدد المحرمات قال  
« وأحل لكم ما وراء ذلك » فإن هذا يشمل الجمع بينها ولو كان محرماً لنص  
عليه القرآن كما نص على تحريم الجمع بين الأختين .

أما شرط الإذن من العمة والحالة فقد دلت عليه الرواية عن الإمام جعفر  
الصادق قال : لا تزوج بنت الأخ و<sup>١</sup> بنت الأخت على العمة ولا على الحالة إلا  
بإذنها وتزوج العمة والحالة على بنت الأخ والأخت من غير إذنها<sup>٢</sup> .

وأنت ترى أن عدم نص القرآن على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها  
لا يجعله مباحاً بعد أن بينه رسول الله ونص عليه والله يقول « وما أأنم الرسول  
فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » .

ولو كان عدم نص القرآن على الحكم مفيداً للإباحة لجاز للشخص أن يجمع  
بين المرأة وبنتها ولا يقول بذلك أحد إلا أن يقولوا : أن الجمع بين المرأة وبنتها  
ثبت تحريمه بدلالة النص لأن قرابة الأولاد أقوى من قرابة الأخوة فيكون  
النص شاملاً لها . ويظهر أنه الحديث لم يصح عندهم فأخذوا بقول الإمام الذي  
يستبرونه حجة ولكل وجهة هو موليها .

ولا فرق في حرمة الجمع بين الجمع الحقيقي بأن عقد عليها في وقت واحد  
أو في وقتين مختلفين وبين الجمع الحكمي بأن تكون إحداها زوجة والأخرى  
معتدة منه بعد طلاقها ، فإذا طلق الرجل امرأته وفي أثناء عتدتها تزوج أختها أو  
عمتها أو خالتها يكون جامعاً بينها لبقاء آثار زواج المطلقة في هذه الحالة .

غير أن المسألة فيها تفصيل للفقهاء ، من طلق زوجته طلاقاً رجعيماً لا يجوز

(٢) المختصر المتابع ص ٢٠٠ وفقه الإمام جعفر الصادق ج ٥ ص ٢٠٠ الاستبصار ج ٣



له التزوج بواحدة ممن حرم عليه الجمع بين اثنين من طلقها في أثناء العدة، فإن فعل ذلك كان زواجه فاسداً لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحل الثابتين بالزواج فيكون الزواج بعمده قائماً حكماً فإذا تزوج الأخرى كان جامعاً بينها والجمع بين المحارم غير جائز شرعاً .

أما إذا كان الطلاق بائناً فالحنفية منعوا التزوج بالأخرى أثناء العدة يستوي في ذلك الطلاق البائن بينونة صغرى أو كبرى لأنه يكره جامعاً بين محرمين بقاء بعض أحكام الزواج الأول من حق الاحتباس فإن الزوج المطلق يملك منعها من الخروج وقيام الفراش بينها حكماً حتى لو جاءت بولد في المدة المقررة ثبت سببه منه كما يحرم عليها التزوج بزوج آخر فكان النكاح قائماً من وجه (١) .

وزهد المالكية والشافعية والجمهورية (٢) إلى أنه يجوز له التزوج في أثناء العدة لأن الطلاق البائن قطع وصلة النكاح فصارت كالأجنبي فلا يكون جامعاً بين محرمين لأن الجمع المحرم هو الجمع في النكاح وقد زال في أحدهما .

ولحن إذا نظرنا للعة التي من أجلها حرم الجمع وهي قطع الرحم لوجدناها قائمة في التزوج أثناء العدة ، بل هي أشد ، لأن من يطلق زوجته ثم يبادر إلى التزوج بأختها أو عمتها أو بنت أخيها يؤلم المطلقة ألماً شديداً ويجعلها تقتل وحقداً وكرامية للتي تزوجها ، وربما أرجعت طلاقها إلى تدبير سابق بينه وبين من تزوجها وهذا لا شك مؤد إلى قطع الرحم المنهى عنه فيرجح بذلك مذهب الحنفية . وهو الذي يجري عليه العمل في المحاكم بمصر .

وفي لبنان بالنسبة للمحاكم السنية ، لأن قانون حقوقي العائلة الواجب العمل

---

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٦٤

(٢) التشرح الكبير بحاشية الصوقي ج ٢ ص ٢٥٥ واختصر النافع ص ٢٠٣ ، فقه الأمام جعفر ج ٥ ص ٢٠٥ .

به فيها لم ينص على هذا الحكم فيكون المرجع فيه المذهب الحنفي .

**أثر الجمع بين الأختين ومن في حكمهما :**

إذا جمع بين الأختين ومن في حكمهما فإن كان بمقد واحد كان تزوجها بمبارة واحدة فنكاحها باطل لعدم المرجح لإحداها على الأخرى لتحقق الجمع بكل منها ، وحينئذ يفرق بينه وبينها فإن كان قبل الدخول فلا شيء لها ، وإن كان بعد الدخول بها وجب لكل منها مهر المثل إن لم يكن سمى لها مهرأ أو الأقل منه ومن المسمى إن كان سمى لها . وإذا دخل بإحداها وجب لها ذلك دون الأخرى .

وإن جمع بينها بمقدين وعلم الأول منها كان الأول صحيحا إذا استوفى شرائطه وأركانه لأن لا جمع فيه ويبطل الثاني لأن الجمع حصل به قبل المقد على الأولى حرمت الثانية ولا يصح عقده عليها حتى تبين الأولي بالطلاق وانقضاء عدتها فيجب عليه أن يفارقها ، فإن لم يفعل فرق القاضي بينها ولا شيء لها إذا لم يدخل بها ، ولها مهر المثل أو الأقل منه ومن المسمى إن دخل بها . ووجب عليها العدة ، وإذا خالطت صاحبة المقد الفاسد وجب عليه ألا يقرب صاحبة المقد الصحيح إلا بعد انقضاء عدة الثانية حتى لا يكون جامعا بينهما .

وإن تزوجها بمقدين ولا يعلم المتقدم على المتأخر أو علم ونسى كما إذا وكل شخصين بتزويجه فزوجه كل واحد منهما إحداهما ولا يعرف تاريخ المقدين بطل المقدان لأن إحداهما محرمة عليه ونكاحها باطل ولا تنزف الحلة له فقد اشتبهتا عليه ولا مرجح لأحد المقدين على الآخر وإذا بطل المقدان وجب التفريق بينهما .

**فإذا فرق بينه وبينها فما يجب لها من المهر ؟**

هذان المقدان أحدهما صحيح في الواقع ويجب فيه ما يجب في المقد الصحيح

نصف المهر قبل الدخول وكل المهر بعده . والآخر غير صحيح لا شيء فيه قبل الدخول ومهر المثل أو الأقل منه ومن المسمى بعد الدخول ، وكل منهما يحتل أن يكون عقدها صحيحاً أو فاسداً . فإذا كان التفريق قبل الدخول ومسمى لكل منهما مهرأ مساوياً للآخرى وجب لها نصف مهر إحداهما قسم بينهما نصفين ، وإن اختلف المسمى استعقت كل واحدة منهما ربع مهرها المسمى . وإن كان بعد الدخول وجب لها مهر إحداهما المسمى ومهر مثل الأخرى يقتسمانه بينهما ماصفه عند إاري بين المهرين ، وإن اختلف المهران أخذتا الأقل لأنه المتيقن فإذا سمي لكل منهما مائة وكان مهر مثل كل منهما ثمانين أخذتا مائة وثمانين ونصفهما ، وإذا سمي لكل منهما مائة واختلف مهر المثل أخذتا أحد المسمين وأقل المثلين ، وإذا اختلف المسمى واتحد مهر المثل أخذتا أحد المثلين وأقل المسمين ، وإذا اختلف المسمى ومهر المثل أخذتا أقل كل منهما ونصفا المجموع بينهما <sup>١١</sup> .

ويلاحظ هنا أن الجمع إذا كان بين امرأة وبنتها ودخل بها حرمتا عليه مؤبداً لأن الدخول بعد المقد الفاسد موجب للتحريم كما سبق ويعوم مقام العقد الصحيح فلا يحصل له أن يعقد على واحدة منهما بعد ذلك لا نعم في ذلك خلافاً .

---

(١) هذا التفصيل منذهب الحنفية . والمذاهب الأخرى تتفق معه في الجملة وإن كانت تختلف معه في بعض التفاصيل . راجع الفتا لابن قدامة ج ٦ ص ٥٨١ وما بعدها وبداية المجتهد ، والبدائع ج ٢ ص ٢٦٣ ويلاحظ أن الشافعية والحنابلة والجمهرية يوجبون في كل نكاح فاسد بعد الدخول مهر المثل لا المسمى راجع الجعفرية شرائع الإسلام ج ٧ ص ٣٣ .

## المبحث الثالث

### في المطلقة ثلاثاً

المطلقة ثلاثاً تحرم مؤقتاً على مطلقها افتحرم عليه حتى تتزوج زوجاً آخر ويطلقها بعد الدخول بها وتنقضي عدتها . فإذا زال المانع بأن تزوجت غيره ثم طلقها لسبب من الأسباب أو مات عنها وانقضت عدتها حلت لزوجها الأول فجاز له أن يعقد عليها من جديد .

والدليل على هذا التحريم قوله تعالى « فإن طلقها فلا تحمل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » فإن المراد بها المطلقة الثالثة بدليل قوله قبلها « الطلاق مرتان فإمساكاً بمعروف أو تسريح بإحسان » البقرة / ٢٢٩ ولا بد في حلها له من دخول الزوج الثاني بها دخولاً حقيقياً كما صرح به السنة في قول رسول الله للمرأة التي تزوجت زوجاً آخر وأرادت الرجوع إلى زوجها الأول قبل أن يدخل بها الثاني دخولاً حقيقياً « لا حتى تدنو في عسلته ويدنو عسلتك » .

وعلى هذا عامة الفقهاء في جميع المصور إذا استثنينا ما روى عن سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير من أنهما لم يشترطا الدخول في الحل . ولعل الحديث لم يبلنهما .

والحكمة في هذا التحريم هي إقامة حاجز منيع بين الزوج والإقدام على الطلاق الثالث بعد إيقاعه الأولين الذين كان يملك بعدهما إعادة زوجته بمحض اختياره ، فإنه إذا علم أنه إذا طلقها الثالثة لا يستطيع إعادتها إليه إلا بمقتوسط زوج آخر يحمل له منها ما كان حلالاً له وقد لا تعود إليه كما يحدث أحياناً . أممك زمام نفسه خشية الوقوع فيها بأنفس منه الرجال ، وكذلك المرأة إذا علمت ذلك كفت نفسها عما يثر الزناح محافظة على حياتهما الزوجية .

فإذا أفلت الزمام من أيديهما ووقع الطلاق الثالث كان ذلك دليلاً على استحالة الحياة بينهما ، وهنا يدخلان في تجربة قاسية لا مفر منها تجعل كلا منهما يفكر بعقله لا بمواطفه إذا ما تزوجا من جديد . لأن المرأة تكون قد خبرت الحياة للزوجة مع غيره وتستطيع حينئذ الموازنة بين الحياتين فتعرف فضله ، وهنا يستأنفان حياة جديدة عمادها المحبة والوفاء والتغاضي عن المفولت .

بقي أن نقول : « إن الفقهاء جميعاً على اختلاف مذاهبهم متفقون على أن الطلاق الثلاث من أسباب التحريم المؤقت وأن تكرر أكثر من مرة . فمتى زال المانع جاز للزوج الأول المقتد عليها وتمود إليه بحل جديد يملك فيه ثلاث تطليقات .

ولكن الشيعة الجعفرية استثنوا صورة واحدة جعلوا هذا الطلاق فيها موجباً للتحريم المؤبد ، وهي ما إذا طلقها تسع مرات طلاق العدة . وصورته أن يطلق الرجل زوجته وراجعها في العدة ويخالفها ثم يطلقها في طهر آخر ثم راجعها في العدة ويخالفها ثم يطلقها في طهر آخر . وحينئذ تحرم عليه حتى تتزوج زوجاً آخر ، فإذا عقد عليها ثانية وطلقها ثلاثاً على الوجه السابق ، ثم تزوجت بآخر وطلقها وتزوجها الأول مرة ثالثة وطلقها ثلاثاً على الصورة السابقة وكملت التطبيقات تسمأ حرمته عليه مؤبداً . فالشرط في ذلك أن يراجعها في العدة ويخالفها قبل أن يطلقها . فإن راجعها في العدة ولم يخالفها أو تزوجها في كل مرة بعد انتهاء عدتها فلا تحرم عليه مؤبداً ولو طلقت مائة مرة <sup>(١)</sup> . ولم أنف لهم على دليل في ذلك .

(١) فقه الإمام جعفر الصادق للشيخ مفنية ج ٥ ص ٢٠٨ .

## المبحث الرابع

في المرأة التي لاغتيا زوجها حتى يكذب نفسه

إذا قذف الزوج زوجته بالزنى أو فنى ولدها عن نفسه ولم يثبت ذلك بالبينات التي تثبت الزنى وهي أربعة شهود عدول . فعلى القاضي أن يحرم بينهما اللعان . وهو أن يقسم الرجل أربع مرات بالله إنه صادق في دعواه ويقول في الخامسة : إن عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين . وتقسم هي أربع مرات بالله إنه كاذب في دعواه وتقول في الخامسة : إن عليها غضب الله إن كان من الصادقين . فإذا فعلا ذلك تم اللعان بينهما ويفرق بينهما وتحرم عليه ولا تحل له إلا إذا عاد وكذب نفسه ، فإذا كذب نفسه أقيم عليه حد القذف وحلت له بعد ذلك فيجوز له أن يعقد عليها عقداً جديداً . وهذا هو الرأي الأرجح في مذهب الحنفية وهو قول أبي حنيفة ومحمد ، وسبب هذا التحريم أنه بعد حصول ذلك اللعان تنعدم الثقة بينهما والزواج يلغى أولاً على وجود الثقة بين الزوجين ، فإذا ما كذب نفسه تعود الثقة فيحل العقد عليها إذا رغب في ذلك . لأنه إذا أكذب نفسه فقد بطل حكم اللعان ، فكما يلحق به الولد كذلك ترد المرأة عليه ، لأن السبب الموجب للتحريم إنما هو الجهل بثمين صدق أحدهما مع القطع بأن أحدهما كاذب فإذا انكشف ارتفع التحريم .

وذهب الجمهور الأئمة الثلاثة والجمهرة<sup>(١)</sup> وأبو يوسف من الحنفية وغيرهم إلى أن اللعان فسخ يوجب تجزئاً مؤبداً لا يرتفع بحال وإن أكذب نفسه للحديث الذي رواه أبو داود عن سهل بن سعد ومضت السنة في المتلاعنين أن يفرق

---

(١) يقول الحلي في المختصر النافع ص ٢٠٧ : اللعان ويثبت به التحريم المؤبد وكذا قلند امرأته الصداق أو الحرس بما يوجب اللعان .

بينها ثم لا يجتمعان أبداً ، وما رواه الدارقطني عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال « التلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبداً »<sup>(١)</sup> .

### المبحث الخامس

في تحريم من لا تدن بدين سماوي :

والمراد بها من لا تؤمن بكتاب سماوي أنزل على رسول من الرسل في حينه ، ولتوضيح هذا نقول : إن المخالفين للمسلمين في الدين أصناف ثلاثة :

الأول : من ليس لهم كتاب سماوي ولا شبهة كتاب . هؤلاء هم الذين يعبدون غير الله من الأصنام والأوثان والشمس والقمر والنجوم والنار والحيوان وغير ذلك . ومنهم الملاحدة الذين لا يدينون بدين مطلقاً ويحاربون الأديان كلها . ويلحق بهم الرافضة الذين ينكرون المعلوم من الدين بالضرورة فيمتدحون أن جبريل غلط في الوحي فأوحى إلى محمد مع أن الله أمره بالإيماء إلى علي ، أو يدعون ألوهية علي ، وكذلك المرتدون وهم الخارجون عن الإسلام وإن انتقلوا إلى دين سماوي آخر لأنهم لا يقرون على ما انتقلوا إليه فلا دين لهم . كما يلحق بهم كل من اعتقد مذهباً يخرج صاحبه من الإيمان إلى الكفر كاللبابية أو اللبائية ، والقاديانية أو الأحدية .

فالفرقة الأولى ظهرت أولاً في إيران نسبت إلى زعيمها الأول ميرزا علي محمد الذي لقب بالباب<sup>(٢)</sup> ثم زعيمها الثاني الذي لقب ببهاء الدين . وقد ابتدع هذا . وذلك أموراً تتنافى مع الإسلام .

(١) منتقى الأخبار بشرح قيل الأوطار ج ٦ ص ٢٤٠ .

(٢) أي الباب إلى الإمام للسور لأنه كان من الشيعة الأتني عشرية ثم فسد وابتدع ما يخرج به عن الإسلام .

كجعلها الصلاة تسع ركعات في اليوم واليلة ، والصوم تسعة وعشرين يوماً من شروق الشمس إلى غروبها ويكون في الاعتدال الربيعي بحيث يكون عيد الفطر هو يوم النيروز على الدوام ، كما أبطلا الحج وزعموا أن شريعتها نسخت الشريعة الإسلامية مع دعوى الأول النبوة والثاني الألوهية إلى غير ذلك من الخرافات السخيفة .

والفرقة الثانية تنصب لرجل من بلدة قاديان من بلاد الهند يسمى غلام أحمد ادعى النبوة وأنه المسيح عيسى بن مريم الذي أخبر الرسول عنه أنه ينزل آخر الزمان لقتل المسيح الدجال .

وأنه أوحى إليه أن المسيح مات ، بل إنه اكتشف قبراً أولي من الأولياء . قال عنه إنه قبر المسيح عيسى لأنه لما فر من اليهود رحل إلى هذا المكان فمات ودفن فيه ، ولكي يستر دعوته لم يزعم أنه جاء بشريعة جديدة ، بل أنه مجرد مجدد لشريعة الإسلام . ومن أحكامه التي ابتدعها أنه لا يجوز تزوج القاديانية إلا لمن آمن بمبادئهم ويجوز للقدياني أن يتزوج من غير قاديانية وكأنه بذلك يعامل المسلمين معاملة أهل الكتاب .

الصف الثاني : من لهم شبهة كتاب ، وهؤلاء هم المحسوس الذين يعبدون النار فقد قيل إن الله أنزل على نبيهم وهو زرادشت كتاباً فحرقوه وقتلوا نبيهم فرفع الله هذا الكتاب من بينهم .

الصف الثالث : من لهم كتاب سماوي يؤمنون به كاليهود الذين يؤمنون بالتوراة والنصاري الذين يؤمنون بالإنجيل .

فالصف الأول يحرم على المسلم أن يتزوج بواحدة منه تحريماً مؤكداً حتى تؤمن بالله .

كما لا يجوز للسفلة أن تتزوج برجل من هؤلاء إلى أن يؤمن لقوله تعالى : لا



تتكحوا المشركات حتى يؤمن ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم ولا تتكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولتقيد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبتكم أولئك يدعون إلى النار والله يدعو إلى الجنة والمغفرة بإذنه « البقرة / ٢٢١.

كما لا يجوز الزواج من ابتداء لا يجوز بقاء . فيما إذا أسلم واحد منهم وكان متزوجاً بمن تشاركه في عقيدته ولم تدخل في الإسلام فإنه يفسق بينها<sup>(١)</sup> ويقتضي ذلك الزواج. لقوله تعالى « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » الممتحنة / ١٠.

والمراد بالكوافر للمشرك . ولفظ المشرك وإن كان يتبادر منه عبدة الأوثان وكل من عبد غير الله في لغة القرآن إلا أنه في عرف الشرعيين - بعد وجود طوائف عديدة - يشمل هؤلاء جميعاً .

يقول الكمال بن الهمام في فتح القدير ج ٣ ص ٣٣٧ : يدخل في عبدة الأوثان الزنادقة والباطنية والأباحية وكل من اعتقد مذهباً يكفر به معتقده لأن اسم المشرك يتناولهم جميعاً .

والحكمة في تحريم زواج المسلم بمن لا دين لها أن الزواج مشروع للأغراض

---

(١) وهل تقع الفرقة بينهما بمجرد الإسلام أو تتوقف على شيء آخر . فأبو حنيفة يقول إذا كان في دار الإسلام لا تمحل الفرقة بل يصرح الإسلام على الآخر فإن أباه وقعت الفرقة بينهما وأن كانا في دار الحرب وقف ذلك على انقضاء عدتها فإن لم يسلم الآخر وقعت الفرقة ، فأنت كان الأباه من الزوج كانت الفرقة طلاقاً ، وأن كان من الزوجة كانت الفرقة فسخاً لأنها لا تملك الطلاق ولا فرق في ذلك بين ما إذا كان قبل الدخول أو بعده . والشافعية والحنابلة إن كان قبل الدخول تمحلت الفرقة بينهما وإن كان بعد الدخول يقف التفريق إلى انقضاء العدة لأن الآخر ربما أسلم قبل انقضائها . وإذا انقضت العدة وقع التفريق منذ اختلاف الدين ويكون التفريق طلاقاً ، وقال مالك إن أسلم الرجل والمرأة حاضرة عرض عليها الإسلام ثم فرق بينهما إذا أبت وأن كانت غائبة تمحلت الفرقة ، وإذا أسلمت أو لا وقف على انقضاء العدة ، الفقه ج ٦ ص ٦١٤ وما بعدها .

الكريمة التي بناها فيها سبق ، وزواج المشرك لا يحقق تلك الأغراض لبعده ما بين الزوجين .

فهذا يؤمن بالله وكتبه ورسله واليوم الآخر وما فيه من نواب وعقاب وتلك لا تؤمن بشيء من ذلك ، وكل منها يتمسك بما يعتقد ويدافع عنه فيكونان على طرفي نقيض وحياتها إما منازعة وغصاصة فلا يتحقق السكن ، وإما مسالة قد تستهوي فيها المرأة الرجل بما فيها من جمال ولين طباع وأحكام التدبير لجذب زوجها إليها . فتبذل قدمه فيتهاون في دينه أو يضيعه . وهذا ما يشير إليه قوله تعالى في الآية السابقة تعليلاً للنهي عن ذلك الزواج « أولئك يدعون إلى النار والله يدعو إلى الجنة والمغفرة بإذنه » .

وأما المرتدة عن الإسلام فجزاؤها إما القتل إن لم تبت على رأي أو الحبس الدائم حتى تعود إلى الإسلام أو تموت . ومع هذا أو ذاك كيف يحقق الزواج بها مقاصد الشارع منه .

فالمرتدة لا يجوز أن يتزوجها أحد مسلماً كان أو كتابياً أو مشركاً حتى ولو كان مرتداً مثلها لأنها لا دين لها تقرر عليه . والزواج يعتمد على الدين

وأما الصنف الثاني فقد اختلف الفقهاء في تحريم الزواج منه بناء على اختلافهم في هل لشبهة الكتاب من أثر ما للكتاب من أثر في حل الزواج أو لا ؟

فجمهور الفقهاء ومنهم أصحاب المذاهب الأربعة يذهبون إلى تحريم تزوج المسلمين من نسائهم ، لأن حقيقة الجوس أنهم يعبدون النار فيدخلون في عداد الشركين الذين لا يدينون بدين سماوي . وقد عدم القرآن فرقة مفارقة لأهل الكتاب في قوله تعالى « إن الذين آمنوا والذين هادوا والصابئين والنصارى والمجوس والذين أشركوا إن الله يفصل بينهم يوم القيامة » الحج / ١٧ . كما بين لنا رسول الله أنهم ليسوا بأهل كتاب ولا يحل التزوج منهم في قوله « سواهم

سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ( وهذا يدل على أنه لا كتاب لهم وهو يأمر المسلمين أن يعاملوهم معاملة أهل الكتاب في حقن دماءهم وإقرارهم بالجزية دون التزوج بنسائهم وأكل ذبائحهم .

وخالف داود الظاهري فذهب إلى حل التزوج بالمجوسية نظراً لشبهة الكتاب ، ولعل الحديث لم يصله وإلا لقال بمقتضاه . ووافق في ذلك أبو ثور من أصحاب الشافعي كما يقول ابن قدامة<sup>(١)</sup> وغيره .

والجمعية لهم في ذلك رأيان . رأي بالحل وآخر بالحرمة ، واختلف عماؤم في الترجيح بين الرأيين فمنهم من يرجح الحل ومنهم من يرجح الحرمة<sup>(٢)</sup> .

وأما الصنف الثالث : فيحل التزوج بنسائه عند جمهير الفقهاء لقوله تعالى « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ... إلى قوله والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب حل لكم ، المائدة / ٥ . والمراد بأهل الكتاب في هذه الآية أهل التوراة والانجيل . وهم اليهود والنصارى ومن وافقهم في أصل دينهم لأن القرآن يخاطب هاتين الطائفتين من قبلنا بيا أهل الكتاب وهو دليل على ذلك ومع تصريح الآية بحل المحصنات من أهل الكتاب الذي اتفق عليه جماهير الفقهاء اختلفوا فيما بينهم في هل هذا الحل مطلق أو أنه مقيد ؟ وهذا الاختلاف وقع في أمرين :

أولهما : هل يشترط في حل الكتابية أن يكون أبواها كتابيين أو يكفي أن يكون أحدهما كتابياً والآخر وثلياً أو مجوسياً ؟

يذهب الحنابلة والشافعية في الأظهر عندهم إلى أنه يشترط في حلها أن يكون أبواها كتابيين فلو كان أحدهما كتابياً والآخر غير كتابي لا تحل

(١) المغنى ج ٦ ص ٥٩١ .

(٢) المختصر للنقح ص ٢٠٣ ، فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٩ .

حق ولو كانت بالغة واختارت دين أهل الكتاب ، لأنها ليست خالصة من أهل الكتاب لأنها مولودة بين من يحل ومن لا يحل <sup>(١)</sup> ، والعنفية يكتبون بكون أحدهما كتابياً لأنها تكون تابعة لأفضلهما ديناً فتمطى حكم أهل الكتاب كماله كان أحد الأبوين مسلماً فإن الولد يتبع خير الأبوين ديناً <sup>(٢)</sup>

ثانيهما : إن الكتابية إذا اعتقدت التثليث أو قالت عزيز ابن الله أو المسيح ابن الله فهل يمنع من حل زواجها للمسلم ؟

ذهب بمص الفقهاء إلى أنه لا يجوز للمسلم التزويج بها لأنها تدخل في المشركات التي منع القرآن نكاحهن ، واستدلوا على ذلك بأن القرآن وصف ذلك بالشرك في قوله تعالى « لقد كفر الذين قالوا إن الله هو المسيح ابن مريم » وقال المسيح يابني إسرائيل إعبدوا الله ربي وربكم إنه من يشرك بالله فقد حرم الله عليه الجنة ومأواه النار وما للظالمين من أنصار. لقد كفر الذين قالوا إن الله ثالث ثلاثة وما من إله إلا إله واحد وإن لم ينتهوا عما يقولون ليمسن الذين كفروا منهم عذاب أليم أفلا يتوبون إلى الله ويستغفرونه والله غفور رحيم . ما المسيح ابن مريم إلا رسول قد خلت من قبله الرسل وأمه صديقة كانا يأكلان الطعام انظر كيف نبين لهم الآيات ثم انظر أني يؤفكون . قل أتعبدون من دون الله ما لا يملك لكم ضرراً ولا نفعاً والله هو السميع العليم » المائدة ٧٢/٧٦ .

وفي قوله « وقالت اليهود عزيز ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله ذلك قولهم بأفواههم يضاهئون قول الذين كفروا من قيل قاتلهم الله أني يؤفكون . اتخذوا أحيارهم ورهباتهم أرباباً من دون الله والمسيح ابن مريم وما أمروا إلا ليعبدوا إلهاً واحداً لا إله إلا هو سبحانه عما يشركون » التوبة ٣٠/٣١

(١) الفتى لابن قدامة ج ٦ ص ٩٢ وشرح النجاشي ج ٢ ص ٢٥٢ قشافية ومعارفة  
« وتحرم متولدة من وثني وكتابية وكذا عكسه في الأظهر »  
(٢) البدائع ج ٢ ص ٢٧١ .

وذهب الجمهور إلى أنه لا يمنع من حل زواجها لأن آية الحل جاءت مطلقة لم تقيد بها بقيد غير أنها من أهل الكتاب. والقرآن عطف المشركين على أهل الكتاب في أكثر من آية والمطف يقتضي المغايرة بين المطفوف والمطوف عليه . منها قوله تعالى « لتجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا » المائدة / ٨٢ .

وقوله « ما يرد الذين كفروا من أهل الكتاب ولا المشركين أن ينزل عليكم من خير من ربكم » البقرة / ١٠٥

وقوله « لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين حتى تأتيهم البينة » البينة / ١ .

وقوله « إن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين في نار جهنم خالدين فيها أولئك هم شر البرية » البينة / ٦ .

وقوله « لتبطلن في أموالكم وأنفسكم ولتسمعن من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ومن الذين أشركوا أذى كثيراً » آل عمران / ١٨٦

تلك وجهة كل من الرأيين . فأصحاب الرأي الأول يقولون : إن القرآن وصف هؤلاء بالشرك ، فيدخلون في المشركين المعرّم الزواج بنسائهم ، وأصحاب الرأي الثاني يمنعون دخولهم في المشركين لأن الله عدم طائفة أخرى غير المشركين إستناداً إلى قضية المطف .

وتعني نقول : إن من يتأمل منهج القرآن في عرضه لطوائف غير المسلمين يحده اقتصر على ذكر طوائف أربع . المشركين وأهل الكتاب من اليهود والنصارى ، والمجوس والصائبين لأن هؤلاء هم المعروفون للعرب إما بوجودهم في بلادهم أو بجواررتهم لهم في العراق والبحرين ، ولم يمرض للبراهمة والبوذيين وغيرهم لوجودهم في بلاد بعيدة لا صلة للعرب بهم فاكفى في خطابهم بما يعرفون .

وحين عرض لتزوج المسلمين نساء هؤلاء جميعاً حرم طائفة وأهل طائفة ،  
فحرم المشركات وأهل الكتابيات بنصين صريحين وسكت عن التصريح بحكم  
التزوج من غيرهم . فكأنه وضع أساس الحل والحرمه فالمشركون الذين  
لا يلتقون مع المسلمين في شيء حرم نساءهم ، وأهل الكتاب الذين لهم كتاب  
مماوي يقرهم من المسلمين فيلتقون معهم في منتصف الطريق أحل نساءهم .

ويبقى ما وراء هؤلاء موكولا إلى الشبه . فما أشبه المشركة ألحق بها في  
الحرمه . وما أشبه الكتابية ألحق بها في الحل .

وإذا كان القرآن حين نزوله وصف بعض أفعال أهل الكتاب بالشرك فهل  
كان هذا الوصف أبرز صفاتهم حق يزول عنهم وصف أهل الكتاب ويدخلهم  
في المشركين ؟

الحق أن ذلك لا يخرجهم عن كونهم أهل كتاب حيث جعلهم الله في أكثر  
من آية صنفاً أو صنفين في مقابلة المشركين والقرآن لا يناقض بعضه بعضاً ، ولأن  
الظاهر الذي يتبادر إلى الذهن من مفهوم لفظ المشركين في عصر التنزيل أنهم  
مشركون العرب إذ لم يكن لهم كتاب ولا شبهة كتاب بل كانوا أميين .

وعلى ذلك يكون المراد بالمشركات في آية البقرة المحرمه للزواج مشركات  
العرب ، ويلحق بهن كل من لا تدين بدين مماوي . وتبقى آية المائدة المحللة  
شاملة للكتابيات عامة .

ولو فرضنا أن الكتابيات بما صدر منهن يدخلن في المشركات وكانت آية  
البقرة شاملة لمن تكون آية المائدة المحللة لمن خصصة لعموم الآية الأولى لأنها  
أخص منها وهي متأخرة في النزول عنها حيث أن سورة المائدة من أواخر  
القرآن نزولاً وليس فيها شيء منسوخ . حيث إنها أحلتهم بعنوان المحصنات  
من الذين أوتوا الكتاب، وهذا الوصف باق لمن حتى بعد صدور ما يقتضى الحكم

عليهن بالشرك . فتكون الكتابية من المحلات للمسلمين حتى ولو صدر منها ما يقتضي وصفها بالشرك ، لأن القرآن أحلها بعد أن قالت : « عزير ابن الله ، والمسيح ابن الله ، والله ثالث ثلاثة الموجب لوصفها بالشرك » والله أعلم .

هذا هو موقف جماهير الفقهاء من أهل السنة من زواج الكتابية :

والجهمية آراء في ذلك اختلفوا في الترجيح بينها ، فقليل لا يجوز مطلقاً ، وقليل يجوز مطلقاً مع الكراهة ، وقليل لا يجوز دائماً ويجوز متعة ، وقليل يجوز مع الاضطرار وعدم وجود المسئلة . وقد قيل إن هذا الاختلاف نشأ من وجود أدلة متعارضة في الزواج بغير المسئلة . فمنهم من رجح دليلاً على آخر ، ومنهم من حاول الجمع بين تلك الأدلة (١) .

والحكمة في حل زواج الكتابية دون المشرقة أن الكتابية تتفق مع المسلم في الإيمان بالله والرسول واليوم الآخر وكثير من الفضائل . واختلافها إنما هو في رسالة محمد ﷺ وما جاء به من كتاب .

فلهذا الاتفاق حل الزواج بها لإمكان المشرقة بينها المحققة للأغراض التي شرع لها الزواج في الجملة ، ولهذا الاختلاف الأخير كان الأولى بالمسلم أن يتزوج المسئلة متى وجدها ، وقد قرر أكثر الفقهاء الذاهبين إلى حل التزوج بالكتابية أنه مكروه وتشتد الكراهة إذا كانت في دار الحرب حيث يفقد الزوج سلطانه عليها وربما مال قلبه إليها فتفتنه في دينه أو تؤثر في أولاده منها .

وقد كان عمر رضي الله عنه ينهى عن التزوج بالكتابيات خشية الفتنة

---

(١) المختصر النافع ص ٢٠٣ ، وشرائع الإسلام ج ٢ ص ١٩ ، وفقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢١٠ والأحوال الشخصية للشيخ محمد جواد مقنية وقد قال في الكتاب الأخير أن فقهاء الإمامية في هذا المصير يميزون تزوج الكتابية دواما ، والحاكم الجهمية في لبنان تزوج المسلم من الكتابية وتسجل الزواج وترتب عليه جميع الآثار .

وإلحاق الضرر بالمسلات . جاء في كتاب الآثار للأمام محمد بن الحسن ص ٧٥ عن إبراهيم عن حذيفة أنه تزوج يهودية بالمداثن . فكتب إليه عمر : أن خبل سبيلها ، فكتب إليه : أحرام هي يا أمير المؤمنين ؟ فكتب إليه عمر : أعزم عليك أن لا تضع كتابي هذا حتى تحلي سبيلها ، فإني أخاف أن يقتدي بك المسلمون فيختاروا نساء أهل الذمة لجهنم وكفى بذلك فتنة لنساء المسلمين ، ويذكر ابن قدامة في كتابه المغني <sup>(١)</sup> أن عمر قال للذين تزوجوا من نساء أهل الكتاب : طلقوهن فطلقوهن إلا حذيفة فقال له عمر : طلقها . قبائل : تشهد أنها حرام ؟ قال : هي خمرة طلقها ، قال : قد عفت أنها خمرة ولكنني في حلال فلما كان بعد طلقها ، فقيل له : ألا طلقتها حين أمرتك عمر ؟ قال : كرهت أن يرى الناس أنني ركبت أمراً لا ينبغي لي <sup>(٢)</sup> .

فلبت الذين يتسابقون في التزوج بالأجنبيات من أهل الكتاب يتدبرون تلك الممانى التي من أجلها منع الفاروق بعض الصحابة من الإبقاء على زواجهن . وحكم أكثر الفقهاء عليه بالكراهة ، ليهتم يفكرون بمقولهم ولا يسرون وراء هذا السراب الخادع ، ولا يفترهم إسلام هؤلاء بعد الزواج أو قبله فإنه . إسلام ظاهري لغرض ، ولا أدل على ذلك من أن أغلب هؤلاء حق بعد إسلامهم الصوري يطعن يوتن بطابع غير إسلامي مما لا يخفى على أحد .

تنبيه : مما ينبغي التنبيه عليه هنا أن الكتابية التي تزوجها مسلم إذا انتقلت إلى دين غير دين أهل الكتاب فهي كالمرتدة لا خلاف في ذلك ، لأن غير أهل الكتاب لا يحمل نكاح نسائهم ، فحق كان قبل الدخول انفسخ نكاحها في الحال ولا مهر لها لأن النسخ من قبلها ، وإن كان بعد الدخول انفسخ في الحال على

(١) ج ٦ ص ٥٩٠ .

(٢) والإمام الطبري في تاريخه ج ٦ ص ١٤٧ يروي هذه الواقعة ويبين السبب في إقدامهم على ذلك الزواج وهو عدم وجود المسلمات بعد انتصارهم في موقعة القادسية ولما زالت الضرورة كتب إليهم عمر كتابه بالطلاق .



رأي ، وفي رأي آخر يتوقف على انقضاء العدة لأنها ربما تعود فإن رجعت بقي  
الزواج وإن لم تعد انفسخ العقد ، وهل يقبل منها الرجوع إلى دينها التي كانت  
عليه أو لا يقبل منها إلا الإسلام رأيان للفقهاء .

وإذا انتقلت إلى دين آخر من أديان أهل الكتاب كأن كانت نصرانية فتهودت  
أو بالمكس فالحنفية وأحمد في رواية لا فسخ لأنها تقر عليه وهو قول للشافعي .  
وفي قول آخر له ورواية عن أحمد أنها لا تقر عليه فيفسخ العقد <sup>(١)</sup> .

بقي أن يقال : إذا كان هذا التقارب بين المسلمين وأهل الكتاب أباح تزوج  
المسلم بالكتابية فلم لم يبح المكس فتتزوج المسلمة الكتابي ؟ والجواب أن طبيعة  
الزواج تجعل للزوج سلطاناً على زوجته لما له من القوامة عليها « الرجال قوامون  
على النساء » فقد يستعمل هذا السلاح في التأثير عليها فيطمئن في دينها حيث  
لا يؤمن بنبينا وكتابها وهي ضعيفة لا تستطيع إنقاذ نفسها عند الخطر لأن مفتاح  
الخلاص وهو الطلاق ليس في يدها وهي بين أمرين أحلاماً مرغماً أن تدافع  
عن دينها فتسوء العشرة بينها أو تستسلم فتقع مضطرة تحت تأثيره وتقتل في  
دينها لهذا وذاك حرّمها الشارع على غير المسلم بخلاف المكس فإن الكتابية لو  
طلعت في دينها المسلم فإنه يستطيع الدفاع بما له من سلطان أو يتخلص  
بالطلاق وإن محاذل أسلم نفسه إلى عقاب شديد في الآخرة .

ولأن الإسلام لما أباح للمسلم التزوج بالكتابية نهاء عن إكراهها على الخروج  
من دينها ، أما الأديان الأخرى فليس فيها هذا الضمان ، لأن المسلم يؤمن بجميع  
الرسل ومنهم موسى وعيسى عليهما السلام فلا يتصور منه الطعن فيها ، أما  
الكتابي فلمعده إيمانه بخاتم الرسل وبالكتاب المنزل عليه لا يبعد منه أن يطمئن

---

(١) المعنى لابن قدامة ج ٤ ص ٥٩٤ وشرح المنهاج ج ٣ ص ٢٥٣ .

فيها ويحاول جاهداً أن يخرج زوجته المسلمة منه وبخاصة إذا كان متمسباً لدينه .

لذلك كله جاء القرآن محرمًا زواج المسلمة بغير المسلم عموماً أو بقاءها في عصمته بعد إسلامها إذا كانا غير مسلمين حين الزواج . يقول جل شأنه : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ إِنَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا مِنْ حَلٍّ لَّهُنَّ وَلَا لَهُنَّ بِمَا يَفْعَلُونَ لَئِنْ أَعْلَمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا مِنْ حَلٍّ لَّهُنَّ وَلَا لَهُنَّ بِمَا يَفْعَلُونَ » المتحفة / (١٠) .

فهذه الآية حرمت المؤمنات على الكفار تحريماً صريحاً ولفظة الكفار عام يشمل كل من ليس بمسلم سواء أكان مشركاً أم كتابياً . وقد فهم الصحابة هذا العموم وإن كان سبب نزولها قصص أزواج مشركين ورد ذلك في عدة آثار صحيحة فرق فيها الصحابة بين النصراني وزوجته إذا ما أسلمت . منها أن رجلاً من بني تغلب أسلمت زوجته وأبى أن يسلم ففرق عمر بينها . وروي عن ابن عباس أنه قال : إذا أسلمت النصرانية قبل زواجها فهي أملك لنفسها <sup>(١)</sup> .

وكما يفرق بين الزوجة عند إسلامها وزوجها غير المسلم كذلك يفرق بين الزوجة وزوجها المسلم إذا ارتد عن الإسلام <sup>(٢)</sup> . كانت أو كتابية لأنه لا بقاء للزواج بدون دين في نظر الإسلام ، والمرقد أثناء رده لا دين له يقر عليه حتى ولو انتقل إلى دين سماوي آخر غير الإسلام ، ولا يجوز له بعد رده التزوج بمسلمة ولا كتابية ولا بمرتدة مثله لأنه يستحق القتل فزواجه لا يحقق أغراض الزواج .

وأما الصابئون وقد عدّهم القرآن فرقة أخرى غير أهل الكتاب يقول سبحانه : « إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَالَّذِينَ هَادُوا وَالصَّابِئُونَ وَالنَّصَارَى مِنْ أَمَنِ بَالِ اللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَعَمَلٌ صَالِحٌ فَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ » / المائدة / ٦٩ .

---

(١) المرجع السابق .

وقد كانوا في الأصل يعظمون الكواكب السبعة والمخذوها آلهة عبدوها فهم من عبدة الأوثان . فلما أزال الفرس دولتهم بالعراق ، وإجبرهم قسطنطين على الدخول في النصرانية بعد تنصره تركوا عبادة الأوثان ظاهراً وظل عدد كبير منهم على ملته الأولى مستخفين في عبادتهم . ولما جاء الإسلام دخلوا في جملة النصارى وكنموا أصل اعتقادهم وأخفوا عبادتهم ولهم طرق عجيبة في الإخفاء فاشتبه أمرهم على المسلمين فمن نظر إلى ظاهريهم ظنهم من النصارى فأعطاهم حكمهم وجوز التزوج منهم كما روي عن أبي حنيفة والشافعي وأحمد <sup>(١)</sup> .

وأبو يوسف ومحمد لما عرفوا حقيقة أمرهم منعو التزوج من نسائهم .

ويقول ابن قدامة : والصحيح فيهم أنهم إن كانوا يوافقون النصارى أو اليهود في أصل دينهم ويخالفونهم في فروعه فهم من وافقهم ؛ وإن خالفهم في أصل الدين فليسوا منهم ، ومثله في شرح المنهاج للشافعية ، وهذا هو الصحيح فيهم لأن القرآن وضع لنا أساس حل التزوج من غير المسلمين فجعل المانع هو الشرك وجعل المبيح وجود الدين السماوي فلنضع كل من لم يتضح حاله على هذا الميزان فإذا ظهر أنه يوافق أحد الفريقين يأخذ حكمه .

---

(١) المفتي ج ٣ ص ٥٩٠ . البدائع ج ٢ ص ٢٧١ شرح المنهاج ج ٣ ص ٢٤٢ ولا أدل على الاشتباه من أنه روي عن الإمام أحمد روايتان . فروي عنه أنهم ينسب من النصارى وفي أخرى يقول : يلفني أنهم يسيئون فهؤلاء يشبهون اليهود .

## المبحث السادس

في جمع الرجل بين أكثر من أربع زوجات في عصمته

ويتحقق هذا بزواج الخامسة<sup>(١)</sup> فمن جمع بين أربع زوجات يحرم عليه أن يزوج بخامسة تحريماً مؤقتاً حتى ينتهي زواجه من إحداهن إما بالموت أو الطلاق .

فإذا فعل ذلك كان المقد فاسداً يجب عليه أن يفارقها فإن لم يفعل فرق القاضي بينها فإن كان قبل الدخول لا تستحق شيئاً وإن كان بعده وجب لها مهر المثل إن لم يكن سمي لها مهرأ أو الأقل من المسمى ومهر المثل إن جددت للتسمية .

يستوي في ذلك كون الأربع زوجات حقيقة كلهن أو بعضهن زوجات والبعض معتدات أو كلهن معتدات ، فالو كان متزوجاً بأربع وطلقهن طلاقاً رجعياً حرم عليه التزوج بخامسة قبل انتهاء عدتهن أو انتهاء عدة إحداهن إذا سبقت الأخريات باتفاق الفقهاء .

أما إذا كان الطلاق بائناً فالحنفية يمنعون التزوج أيضاً حتى تنتهي العدة ، والمالكية والشافعية والجعفرية يذهبون إلى حل التزوج في العدة . وقد شرحنا هذا الخلاف فيما سبق عند الكلام على الجمع بين محرمين ، والدليل على هذا التحريم قوله تعالى : « فإن خفتن ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم

---

(١) من مراجع هذا البحث ، تفسير أبي بكر الجصاص ج ١ ص ٣٠٩ وما بعدها ، والبحر المحیط لأبي حبان ج ٣ ص ١٦٤ وتفسير التاج ج ٤ ص ٣٤٠ وما بعدها ج ٥ ص ٤٤٨ ، وتفسير القرطبي ج ٥ ص ١٢ وما بعدها ومنتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ١٣٦ والفتاوى لابن قدامة ج ٦ والإسلام شريعة وعقيدة للأستاذ الأكبر الشيخ عمود شلتوت ، وكتب الفقهاء في المذاهب المختلفة .

من النساء<sup>(١)</sup> مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ٥ / النساء / ٣ ، فهذه الآية جاءت لبيان العدد المباح من الزوجات وقد جعلت غايته أربعاً . ولو كانت الزيادة مباحة لما اقتصر على هذا العدد .

ثم جاءت السنة الشارحة مؤكدة لذلك فكان العربي إذا أسلم مع زوجاته وكان يجمع أكثر من أربع أمره رسول الله أن يمسك أربعاً منهن ويفارق الباقى فقد روى أحمد والترمذي وابن ماجة عن ابن عمر : أن غيلان الثقفي أسلم وتحتة عشر نسوة في الجاهلية فأسلمن معه فأمره النبي ﷺ أن يختار منهن أربعاً ويفارق سائرهن<sup>(٢)</sup> .

وروي أحمد وأبو داود عن قيس بن الحارث قال : أسلمت وتحتي ثمان نسوة فأثبت النبي ﷺ فقلت له ذلك فقال : اختر منهن أربعاً<sup>(٣)</sup> .

هذا هو العدد الذي جاء الإسلام بإباحته من الزوجات كما نطقت به الآية وأكده السنة ولم يؤثر عن أحد من الصحابة ومن جاء بعدهم ممن يعتد بإسلامه أنه زاد على هذا العدد لا في خاصة نفسه ولا في فتواه لغيره ، فما ذهب إليه طائفة أنه يجوز للرجل أن يجمع في عصمته تسع زوجات زعماً منهم أن آية الحل دلت عليه لأنها عطفت هذه الأعداد بالواو وهي تفيد الجمع وجموعها تسعة بعيد عن مدلول الآية .

وأي بعد منه ما ذهب إليه طائفة أخرى من إنه يجوز الجمع بين ثمان عشرة

(١) مثنى وثلاث ورباع معناها اثنين اثنين وثلاثة ثلاثة وأربعة أربعة فهي ألفاظ مفردة مقول بها عن تلك الأعداد المكروهة لأن الخطاب للجميع ليصيب كل من يريد الجمع اثنين أو ثلاثة أو أربعة وجاء المطف بالواو دون أولاته لوعطف بالواو لأنه لا يباح لهم إلا عددا منها اثنين فقط أو ثلاثة فقط أو أربعاً فإذا اختار واحداً منها امتنع عليه غيره لأن أو للتخيير .

(٢) منتخب الأخبار ج ٦ ص ١٣٦ .

(٣) المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٢٢١ .

زوجة تكلفاً في تفسير الآية قائلين: إن مثنى معناها اثنين اثنين وكذلك ثلاث ورباع وقد عطفت بالواو المقيدة للجمع ومجموعها ثماني عشرة ، لأن كلا من التفسيرين يخرج الآية عن الأسلوب العربي الفصيح فضلاً عن كونها مخالفة للسنة الصحيحة وإجماع الصحابة المعلي ، لأن العربي إذا قال : وزع هذا المال على المحتاجين درهمين وثلثين وثلاثة وثلاثة وأربعة أربعة لا يريد بذلك إعطاء كل محتاج ثماني عشرة فإنما يريد به اعط بعضهم درهمين فقط ، وبعضهم ثلاثة فقط ، وبعضهم أربعة فقط ، وللموزع الخيار في التخصيص . ولو أراد إعطاء كل واحد هذا المجموع لصرح بالعدد الموضوع له وإلا استقبح منه ذلك فالواو في الآية - كما يقول القرطبي - للبدل لا للجمع وتقديرها : انكحوا ثلاثاً بدل اثنين وأربعاً بدل ثلاث .

## المبحث السابع

### في الجمع المشروع

شرع الله تعدد الزوجات . وبعبارة أدق أقره بعد أن حدده وقصره على أربع وجعله مرتبطاً بالعدل والمساواة بين الزوجات يباح عند الثقة بإقامة العدل والأمن من الجور ، فإذا انتفى الوثوق وخيف توقع الظلم فالتعدد حرام « فإن خفتن ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم » .

وهناك قيد آخر هو القدرة على الأنفاق على أكثر من زوجة ، لأن القدرة شرط في إباحة أصل الزواج . لقوله تعالى : « ولستمغف الذين لا يجدون نكاحاً حق يغنيهم الله من فضله » ، ولقول رسول الله ﷺ : « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج » ، فإذا توفر الأمران الوثوق من العدل ، والقدرة على الأنفاق ومتطلبات المعيشة الزوجية الثنائية أو الثلاثية جاز التعدد ، وإن

انعدما أو انعدم أحدهما حرم التعدد وأثم فاعله . لكن هذا التحريم ديني لا يقع تحت سلطان القضاء ، لأن العدل أمر نفسي لا يعلم إلا من جهته ، والقدرة على الأنفاق أمر نسبي ليس له ميزان واحد يحده فيها متروكان إلى الشخص يقدرهما ولأنها يتعلقان بالمستقبل ، فالعاجز قد يصير قادراً والظالم قد يتبدل حاله فيعدل ، فإذا عقد العقد دون توفر الشرطين أو أحدهما يكون العقد في ذاته صحيحاً لأن هذه ليست شروط صحة كما سبق بيانه ، بل يكون فاعله آثماً إن وقع منه جور أو عجز عن الأنفاق بحاسبه الله عليه .

فإباحة التعدد ليست إباحة مطلقة بل مقيدة . وتلك القيود تكاد تنحصر في دائرة ضيقة فمجرد خوف <sup>(١)</sup> الجور والظلم مانع منه ، ومن يقرأ الآية التي أباحت التعدد يحدها لم تفرضه بحيث يكون لازماً لكل شخص وليس فيها ما يدل على استحصانه والترغيب فيه وإنما مجرد إباحة ، بل من يمن النظر في أسلوبها وربطها بسابقتها مع واقع الناس حين نزولها يحدها لم تأت للأباحة الأصلية ولا لأباحة شيء غير موجود أو ممنوع ، وإنما جاءت لتقيّد تعدد الزوجات الذي كان موجوداً بصورة تصل إلى حد الفوضى . فهي إذ ذاك جاءت للحد من الجمع والتقليل من عدد الزوجات ومراعاة العدل بينهن . لأنها - كما يقول المفسرون - نزلت في شأن الأولياء الذين تحرجوا من الولاية على البتامة والزواج بين خوفاً من الوقوع في ظلمهم وأكل أموالهم بعد الأمر بأيتائهم أموالهم ونهبهم عن أكل تلك الأموال ووصف ذلك بأنه أثم كبير في الآية السابقة عليها .

نزلت لتبين لهم نوعاً آخر من الظلم كانوا واقعين فيه وهو ظلم النساء بالزواج بعدد غير محصور دون مراعاة العدل بينهن لأنه لا يكفي في ترك الظلم أن يتركه الشخص في موضع دون غيره ، وكأنه سبحانه يقول لهم : إن خفتم

(١) الخوف : توقع ما يكره بقرع بعض أسبابه أو ظهور أماراته .

ألا تقسطوا في اليتامى فتخرجتم من الولاية عليهم أو الزواج منهم فكذلك خافوا الوقوع في ظلم النساء وقللوا عدد الزوجات واقتصروا على أربع فإن خفتم الجور في الزيادة على الواحدة فاقصروا عليها أو استمتعوا بما ملكت أيديكم من الإماء، لأن هذا الاقتصار أقرب إلى عدم الوقوع في الظلم والجور . فالآية تشرح لهم طريقة التخلص من جور النساء كما بينت لهم الآية السابقة طريقة التخلص من ظلم اليتامى .

المراد بالعدل المشروط لأباحت التعدد :

إذا كانت الآية أباحت التعدد وقصرته على ذلك العدد وربطت هذه الأباحت بأمن العدل فلا بد أن يكون ذلك العدل مستطاعاً للإنسان ليصح التكليف به عند إرادة التعدد وليتفق مع ما وقع من رسول الله وأصحابه، والعدل المستطاع هو التسوية بين الزوجات في الأمور الظاهرة من النفقة والمبيت وحسن المعاشرة، أما ما لا يدخل تحت قدرة الإنسان ولا يملكه وهو العدل الكامل الشامل لليل والليلي والمحبة فغير مكلف به . وهو المنفي في قوله تعالى : « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وإن تصلحوا وتتقوا فإن الله كان غفوراً رحيماً » / النساء / ١٢٩ .

فإن هذه الآية نزلت بعد الآية الأولى ، « فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة » كما يدل عليه سياقها لأنها نزلت ضمن آيات الاستفتاء في النساء ، « ويستفتونك في النساء قل الله يفتيك فيهن وما يتلى عليكم في الكتاب في يتامى النساء اللاتي لا تؤنهن ما كتب لهن وترغبون أن تنكحنهن والمستضعفين من الولدان . وأن تقوموا لليتامى بالقسط . »

وكانت فتوى من الله جاءت ردأ على الذين كان عندهم زوجتان أو أكثر قبل نزول آية التعدد والذين تزوجوا بعدما نالوا من العدل بين الزوجات وفهموه أنه



العدل في كل شيء حتى في المحبة فتبين لهم أن العدل الكامل بين النساء ليس في مقدورهم فلا يتعلق به التكليف .

وكانه سبحانه يقول لهم : « مها حرصتم على أن تسوا بين المرأتين في كل شيء فلن تستطيعوا ذلك بحرصكم عليه . وإذا كان الأمر كذلك فلا تميلوا كل الميل إلى من تحبونها بطبيعتكم فتعرضوا عن الأخرى إعراضاً تاماً حتى تكون كالمعلقة لا هي متزوجة تتمتع بحقوق الزوجية وتعامل ممامية الأزواج ولا هي مطلقة تستطيع أن تبحث لها عن زوج آخر . وإن تصلحوا في معاملة النساء وتفقوا ظلمهن وتفضلن بعضهن على بعض فإيا يدخل تحت اختياركم من المعاملات كالقسم في المييت والنفقة فإن الله يقرر لكم ما دون ذلك مما لا يدخل تحت الاختيار كالحبة ولو ازدها الطبيعية من زيادة الأقبال والبشاشة .

وهذا يدل على أن العدل المتقى هو العدل الكامل الذي يشمل أحوال القلوب الذي يحرص عليه أهل الدين والورع لأنه غير مستطاع « ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها » ، والميل المنهي عنه هو الميل التام الذي يتعدى إلى الأمور الباطنة ويترتب عليه إهمال إحدى الزوجتين إهمالاً تاماً .

وهذا الميل المنهي عنه هو الذي حذر منه رسول الله وبين عاقبته في الآخرة فيما رواه أصحاب السنن عن أبي هريرة أن رسول الله قال : « من كانت له امرأتان يميل لأحدهما على الأخرى جاء يوم القيامة بحر أحد شفيع ساقطاً أو مائلاً » (١) .

أما مجرد الميل والمحبة الذي لا يتعدى إلى ما وراء ذلك فليس منهياً عنه

---

(١) منتقى الأخبار بشرح فيل الأوطار ج ٦ ص ٤٨٤ .

لعدم قدرة الإنسان على دفعه أو التسوية فيه . وهذا ما عناء رسول الله فيما رآه عائشة أم المؤمنين قالت : كان رسول الله يقسم فيعدل ويقول : « اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك » (١) .

وسيره في القسم بين نسائه رغم ميله القلبي إلى عائشة أكثر من غيرها - مثل أعلى يحتذى به فلم يؤثر عنه أنه فضل واحدة على غيرها في معاملته فلم يكن يدخل على واحدة في نوبة الأخرى إلا بأذنها ولجهد السلام حتى أنه في مرضه الأخير كان يطاف به على بيوت زوجاته محمولا على الأكتاف ولم يرض الإقامة في بيت إحداهن خاصة بحافظة على العدل بينهن إلى أن علموا رغبته في المقام عند عائشة لما سأله « أين أكون غداً » فرضين بقامه عندها وكان إلى توفي صلوات الله وسلامه عليه .

وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كان يقسم بين نسائه ويقول : « اللهم قلبي فلا أملكه وأما ما سوى ذلك فأرجو أن أعدل فيه » فقد فهم أن العدل المتنفذ غير العدل المشروط في إباحة التعدد .

وما يدل أيضاً على اختلاف العدل في الآيتين أن الثانية نفت استطاعته بلن التي لتأييد النفي فهو غير ممكن والأولى علققت الأقتصار على واحدة على خوف انتفائه . وفي الخوف رجاء وظن غالباً وهو دليل إمكانه في ذاته .

وهذا يتبين لنا فساد رأي من فسر العدل في الآيتين بمعنى واحد ليصل إلى نتيجة توافق هواه بعيدة عن مقصد الشارع فقال : إن الله شرط إباحة التعدد بالعدل بين الزوجات في الآية الأولى ، وأن هذا العدل غير مستطاع بدلالة الآية الثانية . وجنبنا يكون التعدد غير مشروع لأنه علق على شرط مستحيل .

ونحن نقول لهذا المدعى : إذا كان العدل متحداً في الآيتين والتعدد غير مباح

(١) المرجع السابق ص ١٨٥ .

كما زعمت فيما فائدة قوله تعالى في الآية الثانية بعد نفي استطاعة العدل: «فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالملقاة» ؟

ثم ما معنى قوله سبحانه في الآية الأولى: «فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع» ؟ وكيف يقدم رسول الله وأصحابه على فعل تدعى - جهلا - أنه غير مشروع ؟

### حكمة تشريع التعدد

إن إقرار الإسلام لتعدد الزوجات على الوجه الذي بيناه كان لعدة أسباب وله أكثر من فائدة ترجع إلى الرجل والمرأة وإلى المجتمع نجملها فيما يلي :

أولاً : جاء الإسلام والناس فريقان . فريق مضيق لا يبيع إلا زوجة واحدة وإن أدى إلى غنت الأزواج مما أدى إلى المحرافهم واتخاذ الخليلات ، وفريق موسع في التعدد لا إلى حد وإن ترقب على ذلك ظلم الزوجات وعدم العدل بينهما فنظم الزواج وسلك به مسلكاً وسطاً بين هؤلاء وهؤلاء كما هو شأنه في كل تشريعاته . فأقر التعدد وقصره على عدد معين بالشروط السابقة . فعل ذلك ليكون ملائماً لكل المجتمعات لأنه تشريع عام يخاطب الناس جميعاً على اختلاف ألوانهم وطبائعهم وفيهم المعتدلون في ميولهم للنساء ومن تغلب عليهم الحدة . ولا يتم للتشريع عمومته وملاءمته إلا إذا كان فيه وفاء بمحاجات الناس كلهم .

فكيف يفعل من تغلب عليه شهوته ولا تندفع حاجته بزوجة واحدة لكثرة ما يعرض لها من موانع المحالطة الجنسية لو لم يبيع تعدد الزوجات على صورة تدفع عنه العنت وتهدئ نفسه ؟ لا شك في أنه يفتح لنفسه باب الزنى واتخاذ الخليلات رغم تحريم الشارع له .

إذاً كان تعدد الزوجات ضرورة لا بد منها لهذا وأمثاله وإلا لتفترت منه

تلك الطائفة من الناس ، وكان من رحمة الله بهذه الأمة ليتفق مع تحريمه للزنا  
تحريراً قاطعاً .

ولقد جرت سنة الله في تشريعه أنه كلما سد أمام عباده باباً من أبواب  
الحرام فتح لهم باباً من أبواب الحلال ، ولا يضيئون أنكار المنكرين من غير  
المسلمين ونقدم لهذا التشريع فإنهم يجهلون حقيقته في الإسلام ويتصورونه على  
أنه يتحتم على كل مسلم أن يجمع في بيته أربعاً من الزوجات يضيع حياته في  
التمتع بهن . على أن العقلاء منهم قد استحسنوا هذا التشريع لما بانت لهم مفسد  
ما هم عليه .

يقول شوبنهاور الفيلسوف الألماني : « ولقد أصاب الشرقيون مرة أخرى في  
تقريهم لبدأ تعدد الزوجات لأنه مبدأ تحتمه وتبرره الإنسانية ، والعجب أن  
الأوربيين في الوقت الذي يستنكرون فيه هذا المبدأ يتبعونه عملياً فما أحسب أن  
بينهم من ينفذ مبدأ الزوجة الواحدة على وجه الصحيح » (١) .

ويقول جوستاف لوبون : « إن تعدد الزوجات المشروع عند الشرقيين أحسن  
من عدم تعدد الزوجات الرأى عند الأوربيين وما يقبمه من مواكب أولاد غير  
شرعيين » (٢) .

ثانياً : حصول الموازنة بين عدد الزوجات والرجال لأن الكثرة في كل  
أحصاء عام كانت في جانب النساء خاصة عقب الحروب التي يقل بعدها عدد  
الرجال ، فلو منع التعدد لبقيت الكثيرات منهن من غير أزواج .

وإن المرأة التي لا تحظى بزوج مستقل تتشعب أمامها السبل فإما أن ترضى

---

(١) مقالات الرحوم الشيخ محمد زاهد الكوثري ص ٢٢٧ .

(٢) الإسلام والحضارة العربية لحمد كرد علي ج ١ ص ٨١ .

بمشاركة غيرها في زوجها أو تعيش طول حياتها وحيدة بلا زواج فتتموت  
أوثقها إن حافظت على عفتها ، أو تنزلت في طريق الفوأة وتسير في ركب  
الشيطان ، ولو فكرت تلك المرأة بعقلها لاختارت أن تكون زوجة ثانية بل  
ثالثة أو رابعة على أن تعيش مع واحد من الأمرين السابقين .

ثالثاً : قد تصاب الزوجة بمرض يحول بينها وبين الحياة الزوجية أو يتبين  
أنها عقيم لا تلد والزوج يطلب الولد ولا يستطيع العيش مع امرأة مريضة وهو  
يحرص لسبب أو لآخر على الإبقاء على تلك الزوجة الأولى . فكيف نعالج تلك  
المشكلة لو لم يبح تعدد الزوجات ؟

إن من مصلحة الرجل في التزوج بأخرى ، ومن الخير للمرأة أن تبقي  
زوجة مع أخرى بدلاً من طلاقها لتعيش بقية حياتها في ركن مظلم فاقدة الأمل  
في العثور على زوج آخر لمرضها أو عقمها .

وأما حكمة قصر الأهاحة على أربع فلأن للزوجة على زوجها حقوقاً فإذا  
شاركها غيرها وجب عليه العدل بينها والاقتصار على أربع أقرب إلى العدل  
حيث يعود إلى إحداهن بعد ثلاث . وهو وإن كان فيه مضارة للزوجة إلا  
أن هذه المدة اختفرت في مواطن كثيرة . فيجوز المهجر للزوجة ثلاثاً ، وللسلم  
ثلاثاً ، والأحداد على غير الزوج ثلاثاً أيام ، والحيار ثلاثة أيام . فهذه الصور  
وغيرها مستثناة على خلاف الأصول فكذلك لما كانت الشحنة والمضارة على  
خلاف الأصل استثنى ثلاث زوجات يضارهن زوجة أخرى<sup>(١)</sup> .

شبه تثار حول تعدد الزوجات :

بقي لنا وقفة مع ما يثار من وقت لآخر من أن تعدد الزوجات أداة لإفساد

---

(١) راجع الفرق الفرائي . للفرق الرابع والأربعون بعد المائة .

الأمر لما يقع بين الضرائر من منازعات ومشاحنات لا تقف عليهن بل تتمدى إلى الأبناء فينشأ أبناء الرجل الواحد متعادين متباغضين يزيد هذا النزاع ويشدد عندما يمس الرجل إلى إحداهن أكثر من غيرها ، وكثيراً ما يكون سبباً في تشرد الأبناء كما هو مشاهد معلوم .

كما أن فيه ظلماً للمرأة التي تدخل عليها امرأة أخرى بدون رضاها تشاركها حياتها وزوجها .

وجوابنا على ذلك : إن الإطار الذي شرع الإسلام فيه تعدد الزوجات لا ينتج تلك الأضرار ، بل هو على العكس يدفع الضرر عن الناس ويرفع الحرج الذي يلحقهم ويحل كثيراً من مشاكل المجتمع .

وما نراه من آثار التعدد السيئة ليس راجعاً إلى التشريع في ذاته وإنما منشؤه انحراف الناس وإقدامهم عليه من غير حاجة وسوء تصرفهم بعدم العدل في هذه الحالة .

فكم من سفيه جعل غايته من تعدد الزوجات مجرد قضاء حاجته الجنسية وهذا يجعله على عدم العدل بينهن وبين أبنائه ، فهو يميل مع من صادفت هوى في نفسه يؤثرها على غيرها بل ويسهل عليه التنازل عن ماله لها ولأبنائها . وفي هذا تعدد لحدود الله وظلم للأبناء الذين لا ذنب لهم إلا أنهم أبناء هذا السفيه .

وفي الحق إن الناس لو ساروا على الطريقة التي رسمها لهم الشارع والتزموا حدوده ما أنتج تعدد الزوجات هذه الشرور وتلك المآسي .

وأولى بالرجل الذي لا يبعد حاجة ملحة إلى التعدد أولاً يأنس من نفسه للمزم على إقامة العدل بين الزوجات أن يقتصر على امرأة واحدة حتى لا يجر على نفسه وأولاده البلاء .

أما أنه ظلم للمرأة ويلحق بها الضرر كما يقولون فإنه مع إقامة العدل يخفف

ذلك الضرر ويتمين احتمالاً ، لأن المرأة بطبيعتها لا تقبل أن تكون زوجة لرجل متزوج إلا إذا كانت مضطرة ، فإذا نال الأولى ضرر بإدخال الثانية عليها فإن الثانية يشتد ضررها إذا لم تتزوج . لأنها إما أن تعيش بلا زوج فتמות أو تها أو تنزل في طريق الفجوة فتضيع كرامتها كإنسانة فوق ما تنتج من أولاد غير شرعيين ، ولا يخفى ما في هذا وذاك من أضرار جسيمة تهز المجتمع هزاً عنيفاً . وقد تقرر في القواعد : أنه إذا تعارض ضرران يدفع الأشد بالأخف . أما مجرد العداوة التي تقع بين الضرائر فهو أمر طبيعي مبغى حسب الزوجة استئثارها بزوجها ويمكن التغلب على ذلك أو تخفيفه بقيام الزوج برأيه من العدل بينهما . وهي في ذاتها لا تصلح سبباً لمنع التشريع مع ما يترتب عليه من الفوائد الكثيرة التي يبينها فيما سبق .

على العداوة تحدث كثيراً بين الزوجة الواحدة وأقرباء زوجها ولم يمنع ذلك من إباحة الزواج ، لأنها وإن كانت شرّاً لكنه شر قليل . إذا قيس بالخير الكثير الذي يترتب على الزواج .

كما أن مجرد عداوة أولاد الرجل الواحد من زوجتين لا يصلح مانعاً من الزواج وإلا لمتنا الرجل الذي ماتت زوجته وله منها أولاد من أن يتزوج بامرأة أخرى خشية أن ينجب منها أولاداً يتعادون مع أولاد الزوجة الأولى ولم يقل بذلك أحد .

هذا وإن مسألة تعدد الزوجات لا تزال تشغل بال الناس في كثير من البلدان العربية والإسلامية وبخاصة عندما يراد وضع تشريع عام للأحوال الشخصية فالتشريعات التي وضعت في بعض الدول منها ما منعه بل وعاقب عليه كالتشريع التونسي ، ومنها ما قيده بأن يكون بإذن القاضي كما في التشريع العراقي والسوري على اختلاف بينها فيما يشترط في الأذن .

أما في لبنان فليس فيها قانون يمنع تعدد الزوجات أو يقيد به أي قيد بالنسبة للمسلمين السنة والجعفرين ، غير أن قانون الطائفة الدرزية منع التعدد في المادة العاشرة ونصها .

« ممنوع تعدد الزوجات فلا يجوز للرجل أن يجمع بين زوجتين وإن فعل فزواجه من الثانية باطل » .

أما في جمهورية مصر العربية فليس فيها إلى الآن تشريع يمنع تعدد الزوجات أو يقيد به ، بل إن مشروع القانون الجديد للأحوال الشخصية لم يمرض لشيء من ذلك . غير أنه عندما أعلن المشروع للناس قامت عواصف نسائية وشبه نسائية تطالب بمنع تعدد الزوجات أو تقييده على الأقل بإذن القاضي ولم تنته المشكلة إلى حل حينذاك حيث جاءت الحرب فأسكتت أصوات هؤلاء . ثم أثارت المسألة مرة أخرى وأخذت دوراً كبيراً وألفت لجان لمناقشتها ولكنها وقفت مرة أخرى دون حل معين .

وفي رأيي أن وضع المسألة بيد القاضي لا يحل المسألة بل يزيد ما تعقداً لما يترتب على ذلك من أضرار كثيرة حيث يخرج عقد الزواج المشروع للسكن والمودة إلى عقد تبادل تنسرفيه أسرار السيوت أمام الحاكم ويعطي الأذن لمن لا يستحق إذا أحكم الحيلة ويمنع المستحق إذا أفر كم الأسباب الحقيقية التي تدعوه إلى الزواج الثاني معاقطة على كرامته وكرامة زوجته ، ثم يكون بعد ذلك إما زواج عرفي غير موثق لا تعترف الدولة بحقوقه أو سلوك طريق شائك غير مشروع .

#### خاتمة بحث التعدد للزوجات :

وخير ما نختم به هذا البحث هو بيان الحكمة في جمع رسول الله ﷺ في عصمته أكثر من أربع زوجات . بعد أن أرحف المرجفون من أعداء الإسلام



قديماً وحديثاً فقالوا : إن جمع هذا العدد من النساء لا يتفق ومنصب النبوة لأنه  
ميل للشهوات فضلاً عن أنه تمييز لنفسه عن أفراد أمته . « كبرت كلمة تخرج من  
أفواههم إن يقولون إلا كذباً » .

ونحن نقول لهؤلاء ولبن يتدخلهم الشك بسماعها : إن تلك القرية مبشياً الجبل  
بالتاريخ وبحقائق الأمور . لأن التاريخ يحدثنا الحديث الصادق بأن حياة الرسول  
الزوجية التي تزوج فيها إحدى عشرة زوجة تنقسم إلى فترتين . فترة الشباب  
وجزء من الكهولة ، وفترة ما بعد ذلك إلى أن لقي ربه .

وفي الفترة الأولى اكتفى بزوجة واحدة لم يفكر في التزوج بغيرها ولم يمنعه  
من ذلك دين ولا عرف ولا ضعف في هذه الناحية ، فقد كان يعيش في مجتمع  
زأخر يعتمد الزوجات غير الجوارى والحليلات مع أنه كان مرغوباً فيه لما  
اشتهر به من مكارم الأخلاق فضلاً عن علو النسب .

تزوج السيدة خديجة بن خويلد بعد أن تزوجت قبله مرتين وكانت تكبره  
في السن بخمس عشرة سنة ومكث معها خمساً وعشرين سنة إلى أن توفيت رضي  
الله عليها وأنجب منها جميع أولاده عدا إبراهيم .

وفي الفترة الثانية تزوج بعشر نساء ماتت إحداهن في حياته وبقي في  
عصمته تسع زوجات إلى أن لحق بالرفيق الأعلى .

فترتان متبايزتان . فترة الشباب والقوة يقضيها مع زوجة واحدة تكبره في  
السن وليس فيها ما يشغله من أمور جسم غير ما جاء في آخرها من بدء  
الرسالة والدعوة .

وفرة الكهولة والشيخوخة مع ثقل أعباء الرسالة ، فقد وفقت الجزيرة  
العربية كلها تناصبه العداء وتعلن الحرب عليه وهو يجاهد ويقاتل في سبيل الله  
ونشر الدعوة كلما انتهى من غزوة استعد للأخرى ليقتضي على أوكار الظلم

والرثية كلها . وفي هذه الفترة تتعدد زوجاته ليس يبنهر مكر إلا واحدة عقد عليها وهي طفلة في سن السادسة ولم يدخل بها إلا بعد ثلاث سنوات . كما جاء في الحديث المتفق عليه عن عائشة أن النبي ﷺ تزوجها بنت ست سنين وأدخلت عليه وهي بنت تسع سنين ومكثت عنده تسعاً <sup>(١)</sup> .

فلو كان يريد مجرد التمتع لاختار الأبقار الحسان دون الثيبات الطاعنات في السن أو ذوات الأولاد يختسار الثيبات في الوقت الذي يرغب أصحابها في التزوج بالأبقار ويقول لجابر بن عبدالله - حين أخبره بأنه تزوج، وسأله من تزوج بها بكراً أم ثيباً وأجابه بأنها ثيب - : « هلا بكراً قلاعها وتلاعبك » وفي رواية « تضاحكها وتضاحكك » <sup>(٢)</sup>

وهل الذي يريد التمتع ويميل للشهوات يكتر من الزوجات في فترة الشباب وخفة المسؤولية أو في وقت تقدم السن وتزاحم المسؤوليات ؟

الحق الذي لا ينكره إلا جاهل أو مكابر أن رسول الله لم يقدم على التزوج بواحدة من نسائه إلا لغرض سام ومقصد نبيل . فتزوج بدافع الوفاء والمكافأة لمن ساندته في دعوته وعاونته على تبليغ رسالته كتزوجه بعائشة بنت أبي بكر وحفصة بنت عمر وفاء للرجل الذي وقف بجانبه من أول لحظة يصدقده ويؤازره، ومكافأة للرجل الذي أعز الله به الإسلام .

وتزوج بدافع القضاء على الخصومة وكسب قوة جديدة للمسلمين كتزوجه بأم حبيبه بنت أبي سفيان قبل إسلام أبيها فإنه قصد به أمرين تمويضا عن زوجها الذي مات وهو مهاجر فارأى بدينه ، وليكون بينه وبين بني أمية لمحة

(١) متفق الأخبار يشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ١٠٣ وفي رواية لأحمد ومسلم أنه تزوجها وهي بنت سبع سنين ووفت إليه وهي بنت تسع سنين .

(٢) المرجع السابق ص ٥٠ .

نسب تكون وسيلة إلى تخفيف حدة إندائهم ، وتزوجه بيمونة بنت الحارث ركان سبياً في إسلام ابن أختها خالد بن الوليد .

وتزوج من قتل زوجها في سبيل الله وخلف لها ذرية ضعافاً فحماها من ذل الحاجة وعال أيتامها كأم سلمة .

وتزوج من كان زواجه منها هدماً لعادة جاهلية وتطبيقاً لتشريع جديد تخرج الناس من تطبيقه أول الأمر كتزوجه من زينب بنت جحش بعد أن تزوجها زيد بن حارثة ليقضي على عادة التبني وآثارها .

وتزوج من فارقت أهلها وترك وطنها فراراً بدينها ثم مات زوجها بلا هائل ولا نصير فكان لها الزوج والمائل والنصير كتزوجه من سودة بنت زمعة .

وأخيراً تزوج من كان زواجه منها سبياً في رد الحرية لكثير من المشرقين كتزوجه من جويرية بنت الحارث سيد بني المصطلق وقد كانت من الأسارى التي وقعت في سهم ثابت بن قيس فجماعت إلى الرسول وقالت : يا رسول الله أنا جويرية بنت الحارث سيد قومه وقد أصابني من الأمر ما قد علمت وقد كاتبني ثابت على تسع أواق فأعني على فكأكي فقال : أو خير من ذلك فقالت : ما هو ؟ فقال : أؤدي عنك كتابك وأتزوجك فقالت : نعم يا رسول الله فقال : قد فعلت ، وخرج الخبر إلى الناس فقالوا : أصهار رسول الله يسترقون فأعتقوا من كان في أيديهم من سبى بني المصطلق فبلغ عتقهم مائة بيت بتزوجه عليه الصلاة والسلام إياها .

ومن هذا النوع تزوجه بصفية بنت حيي وكانت من أكبر بيوت اليهود ثم صارت سبياً بعد وقعة خيبر . وكانت بما اصطفاه رسول الله من الغنائم .

وقصتها أنها دخلت على رسول الله بعد ما سببت فقال لها : لم يزل أبوك من أشد اليهود لي عداوة حتى قتله الله ، فقالت : يا رسول الله إن الله يقول في كتابه

« ولا تزر وزر أخرى » فقال لها رسول الله: أختاوي فإن اخترت الإسلام أمسكتك لنفسي ، وإن اخترت اليهودية فعسى أن أعتقك فتلحقى بقومك فقالت يا رسول الله: لقد هدبت للإسلام وصدقت بك قبل أن تدعوني حيث صرت إلى رحلك ، ومالي في اليهودية أرب ، ومالي فيها والد ولا أخ وخيرتي بين الكفر والإسلام فاهل ورسوله أحب إلي من العتق وأن أرجع إلى قومي . فأمسكها رسول الله لنفسه وقد رضيته بعلا مع أنه كان لها أن ترجع إلى أهلها بعد العتق .

- تلك هي الأغراض النبوية التي من أجلها تزوج رسول الله هذا العدد من النساء . ولما تحققت واستقر الأمر للإسلام أنزل الله عليه قوله تعالى: « لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج ولو أعجبك حسنهن إلا ما ملكت يمينك وكان الله على كل شيء رقيباً » الأحزاب / ٥٢ .

أما دعوى تمييزه لنفسه عن أفراد أمته فلا وجود لها في هذه المسألة إلا في الصورة لكن الحقيقة غير ذلك ، لأن تلك الأغراض التي تزوج من أجلها . منها ما يقتضي بقاء الزواج لأن إنجاءه ينقضه من أساسه ، وباقيها وإن لم يحتاج إلى بقاء الزواج كمنق الأماء والقضاء على عادة التبني مثلاً إلا أنه منع مانع آخر من إنجاءه وهو أن الله حرم أزواج الرسول على غيره . فلو طلق واحدة منهن لن تزوج بعده ، وفي هذا إيلاء لها أشد الإيلاء فلم يميز نفسه بشيء ليس لغيره لأنه إذا اختص بشيء منع من شيء آخر ، فهو لا يأخذ ويطلق كغيره بل يأخذ ويرى ، ويحب ويكره ، ويظهر ويخفي ، ويطلق ويبدل . ولم يؤثر عنه أنه طلق زوجة إلا ما روي أنه طلق حفصة طليقة واحدة ثم راجعها بأمر الله لما أنزل عليه جبريل بذلك .

## الباب الرابع

### في الولاية والكفاءة والوكالة في الزواج

#### وفيه فصول

قدمنا أن عقد الزواج لا يتم بمباراة فاقده الأهلية كالمجنون والصبي غير المميز .  
ويتم بمباراة ناقصة الأهلية كالصبي المميز لكنه يتوقف تنفاذه على إجازة وليه ،  
وأن نفاذ العقد يشترط فيه أن يكون لكل من المأقدين حق إنشاء العقد شرعاً .  
ويتحقق ذلك بكمال الأهلية مع وجود صفة تميز له تولى العقد من أصالة أو ولا  
أو وكالة ، وهذا يقتضى بيان كل من الولاية والوكالة وأحكامهما .



# الفصل الأول

## في الولاية<sup>(١)</sup>

وفيه مباحث

تمهيد في التعريف بالولاية :

الولاية في اللغة مصدر ولي . يقال : ولي الشيء أو عليه بليه ولاية إذا ملك أمره وكان له حق القيام به ، فهي إذا سلطة يملكها المرء على شيء من الأشياء . ومنها أخذت كلمة الوالي لأنه صاحب سلطة ونفوذ على قطر معين .

وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن سلطة تجعل لمن ثبتت له القدرة على إنشاء التصرفات والمعمود وتنفيذها . فإن كانت متعلقة بشئونه كتزويجه نفسه أو التصرف في ماله فهي الولاية للقاصرة .

---

(١) من مراجع هذا البحث : البدائع ج ٢ ص ٢٤٠ وما بعدها . وتبيين الحقائق للزيلعي ج ٢ ص ١٢٠ وما بعدها وفتح القدير ج ٢ . والبسوط ج ٤ ص ٢١٤ وما بعدها . ج ٥ ص ٣ الشرح الكبير مع حاشية الدروري ج ٢ ص ٢٢٢ . وشرح المنهاج مع حاشية الفلوي ج ٣ ص ٢٢١ وما بعدها . والمفنى لابن قدامة ج ٦ ص ٤٥٦ وما بعدها ودراية المجتهد ج ٢ ص ٧ وما بعدها . وشرائع الإسلام ج ٢ ص ٩ . المختصر النافع ص ٩٦ . فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٤١ وما بعدها .

وإن كانت متعلقة بشئون غيره كأن يزوج ابنته أو حفيدته أو يتصرف في ماله وأولاده فهي الولاية التمهدية، والولاية التمهدية نوعان . ولاية على النفس وهي التي تجمل لصاحبها القدرة على التصرف في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه كالترية والتعليم والتزويج ، وولاية على المال : وهي التي تجمل لصاحبها القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها .

وهما يختلفان بمد هذا من ناحية من تثبت له ومدة ثبوتهما وليس بينهما تلازم . فقد توجد ولاية على النفس فقط ، وأخرى على المال فقط ، وثالثة عليهما .

وكلامنا هنا ينحصر في الولاية على النفس ، وبعبارة أدق في الولاية في عقد زواج . وهي السلطة التي يستطيع بها الشخص إنهاء عقد زواج نافذ لنفسه . ففي بدورها قاصرة ومتمدية ولكل منهما سبب يثبت به .

أما القاصرة فليس لها إلا سبب واحد وهو الرشد . فمضى كان الشخص بالغاً عاقل رشيداً ثبت له سلطة تزويج نفسه ، أما التمهدية فلها أكثر من سبب . فقد يكون سببها الملك وهذه ولاية السيد على عبيده وأمانته .

وقد يكون سببها القرابة النسبية كولاية الأب على أولاده الصغار أو الكبار فأقدي العقل ، وقد يكون سببها القرابة الحكمية . كولاية الممتق على من أعتقه إذا لم يكن له قريب عاصب ، فإن الشارع جعل الممتق منشئاً لعلاقة بين الممتق ومن أعتقه تسمى الولاء . وجعلها شبيهة بالعلاقة بين الأقرباء ففي الحديث الولاء لمة لكحة النسب ، ولكنها تلي القرابة النسبية في المرتبة .

وقد يكون سببها الأمانة : وهي ولاية الحاكم رئيس الدولة ومن ينوبه من القضاة فهذه الولاية تجمل لهم سلطة تزويج من لا ولي لهم بصفتهم حكاماً لا بصفتهم



الشخصية . لأن القاعدة الشرعية المقررة تقول « الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة عند تعلقهما بشيء واحد » .

## المبحث الأول

### في شروط الولى

يشترط في الولى باتفاق الفقهاء شروطان :

الأول : أن يكون كامل الأهلية . بأن يكون حراً بالفاً عاقلاً . ففاقد الأهلية كالصغير غير المميز والمجنون لا ولاية له على نفسه ، لأن عبارته ملغاة في نظر الشارع فأولى ألا تثبت له ولاية على غيره .

وناقص الأهلية كالصبي المميز وذو الفعلة لا يملك تزويج نفسه وحده بسـل يتوقف نفاذ عقده على إجازة وليه ، وحينئذ لا تكون له ولاية على غيره .

والعبد وإن كان بالفاً عاقلاً إلا أنه ليس أهلاً للملكية أصلاً . والولاية حق لا يملكه لأن منافعه مملوكة لسيدته فوقته كله مصروف في خدمة مولاه وقيامه بمطالبه فليس عنده متسع للنظر في شئون غيره .

الثاني : أن يكون متعدياً في الدين مع المولى عليه ، لأنهما باتحاد الدين تتفق وجهات نظرهما في تقدير المصلحة ، ولأن عقد الزواج عقد ديني فيجب اتحاد الدين ، ولأن الولاية في الزواج تتبع الأثر ولا أرث بين المختلفين ديناً ، وعلى هذا لو كان للصغيرة شقيقان أحدهما مسلم والآخر مسيحي كانت الولاية للمتحد معها في الدين ، فتكون للمسلم إذا كانت مسلمة والمسيحي إن كانت مسيحية .

وقد استثنوا من هذا الشرط صاحب الولاية العامة كالقاضي ، لأن ولايته

مستمدة من ولاية الحكم رئيس الدولة ولايته عامة على المسلمين وغيرهم . وهو ولي من لا ولي له ، وكذا السيد المسلم فإنه يملك تزويج أمته الكافرة بمقتضى الملكية لا الولاية (١) .

ويرى الجعفرية أن غير المسلم لا ولاية له على المسلم وأجازوا ولاية المسلم على غير المسلم .

وبعد هذا . هل يشترط في الولي العدالة بحيث لا يملك الفاسق أن يزوج غيره ؟

يرى الشافعي وأحمد في أحد قوليهما أنها شرط لحديث « لا نكاح إلا بولي مرشد » وفسروا المرشد بالرشيد والفاسق ليس برشيد .

ويذهب أبو حنيفة ومالك إلى أنها ليست شرطاً ، ويرافقها الشافعي وأحمد في القول الآخر . وعلى هذا يجوز للفاسق أن يتولى عقد الزواج لمن في ولايته ، لأن الفاسق له ولاية كاملة على نفسه . بحيث يزوج نفسه فلا مانع من أن يتولى أمر غيره ، لأن عهده الولاية هو الشفقة ورعاية المصلحة ، وفسقه لا يمنع من شفقته بأولاده ولا يحول دون رعاية المصلحة لقريبه . فيستوى في ذلك مع العدل فتثبت له ولاية للتزويج .

ولاحتمال تناوذه في تقدير المصلحة قالوا : إنه إن كان فاسقاً متبشكاً لا يبالي بفسح ما يصنع يشترط لتنفيذ عقد زواجه لابنته أن تتوافر فيه المصلحة بأن يكون الزواج من الكفء ويمهر المثل ، فإن لم يكن كذلك لا ينفذ ، ويكون حكمه في ذلك حكم الأب المعروف بسوء الرأي والاختيار وهو عدل فإنه

---

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٤١٢ .

لا تسلب ولايته على ابنته الصغيرة بسوء رأيه ولكن عقده لها مشروط بالمصلحة .

ثم قالوا في الحديث السابق : إن كلمة مرشد غير ثابتة فيه ، وعلى فرض ثبوتها فليس معناها إلا أنه يرشد إلى ما فيه مصلحة المولى عليه . وهو أمر يكون من العدل وغير العدل . على أن نفس الحديث تكلم فيه المحدثون بالضعف فيترجم الرأي الثاني .

وفي ترجيح هذا الرأي يقول عز الدين بن عبد السلام في قواعد الأحكام :<sup>(١)</sup> «وولاية النكاح لا تشترط فيها العدالة على قول ، لأن العدالة إنما شرطت في الولايات لتزج الولي عن التقصير والحيانة وطبع الولي في النكاح يزعه عن التقصير والحيانة في حق موليته لأنه لو وضعها في غير كفء كان ذلك عاراً عليه وعليها ، وطبعه يزعه عما يدخله على نفسه وموليته من الأضرار والعار » .

والجعفرية يوافقون أصحاب الرأي الثاني في ولاية الأب والجدة فلا تشترط العدالة فيها ولكنهم شرطوها في الحاكم والوصي<sup>(٢)</sup>

## المبحث الثاني

### في الولاية القاصرة في الزواج ولمن تثبت

قدمنا أن الولاية تنوع إلى نوعين قاصرة ومتمدية .

أما الولاية القاصرة وهي التي يملك فيها الشخص تزويج نفسه فتثبت بالاتفاق

(١) ج ١ ص ٦٧

(٢) في منزههم لا تثبت الولاية في الزواج إلا لؤلاء الأريمة والسيد بالنسبة لميعة وإمامه

الرجن البالغ العاقل . فيملك أن يزوج نفسه بأي امرأة سواء كانت مكافئة له أو أقل منه بمر المثل أو بأكثر منه دون أن يكون لأحد الاعتراض عليه في ذلك .

وأما المرأة البالغة العاقلة بكرأ كانت أو ثيباً فقد اختلف الفقهاء في ثبوت هذه الولاية لها . ومن ثم اختلفوا في صحة الزواج بمبارتها .

فذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وابن حنبل في المشهور عنه إلى أنه لا يجوز لها أن تبشر عقد الزواج لا لنفسها ولا لغيرها ، بل إذا وكلت رجلاً غير وليها بتزويجها لا يصح هذا الزواج ، لأنها لا تملك تزويج نفسها فلا تستطيع تمليك غيرها ما لا تملكه . وهذا مروى عن عدد من فقهاء الصنابة .

وذهب الحنفية إلى جواز ذلك بصرف النظر عن اختلافهم في استقلالها بذلك<sup>(١)</sup> ، أو لا ، ويوافقهم في ذلك الجعفرية في أشهر أقوالهم ، فيجوز لها أن تزوج نفسها وأن تكون وكيلة لغيرها بإيجاباً وقبولا وإن كانوا يقولون يستحب لها أن تستأذن وليها فإن لم تفعل كان عملها مكروهاً<sup>(٢)</sup> .

---

(١) أبو حنيفة وأبو يوسف في السرواية الأخيرة عنه يقولان : إنها تستقل بذلك لأن ولاية الولي عليها ولاية نسب واستيجاب فقط ، وذهب محمد في الرواية المشهورة عنه إلى أنها لا تستقل بها فينمقد موقفاً عنده ، لأن الولاية مشتركة بينها وبين وليها فلا يستقل أحدهما بالمقد ، فإذا انفقتا على الزواج جاز لكل منها أن يتولى المقد بعد ذلك ، والفرق بينهما يظهر فيما إذا اختارت الزوج الكفء وتزوجت بمر المثل نفذ عقدها ولم على الأول وتوقف على إذن الولي في الثاني . هذا هو المشهور عند أئمة الحنفية الثلاثة وهو المذكور في كتاب الهداية ، وفي فتح القدير ص ٢٠٠ الكمال ابن الهمام يذكر عن أبي حنيفة وروايتان هذه والأخرى المصنوعة بين تزويجها بكفء فيصح وأن كان بغيره لا يصح إذا كان لها ولي سي . وعن أبي يوسف ثلاث روايات لا يصح إلا بولي . يصح بالكفء لا بغيره . يصح مطلقاً . وعن محمد وروايتان .

(٢) شرائع الإسلام ج ٢ ص ١٠ ، فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٢٧ .

### استدل أصحاب الرأي الأول :

أولاً : بالآيات القرآنية التي أضافت النكاح إلى الأولياء مثل قوله تعالى « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » وقوله « وأنكحوا الأيامى منكم » فالأنكاح هو قول إنشاء العقد ، وقد خاطب الأولياء به وأضافه إليهم ، وهو يدل على أنه حق لهم لا يتولاه غيرهم ، والأيم اسم لامرأة لا زوج لها بكرة . كانت أو ثيباً ومتى ثبتت الولاية عليها لم تكن لها ولاية فلا تلك إنشاء العقد .

ثانياً : الأحاديث التي تنهى المرأة عن أن تزوج نفسها والتي تفيد أن النكاح بغير ولي باطل .

منها : ما رواه ابن ماجه عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ : « لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها » .

وما رواه البخاري ومسلم وغيرهما عن الزهري عن عروة عن عائشة أن النبي ﷺ قال : « أما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل » فإن دخل بها فلها المهر بما استعمل من فرجها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له «<sup>(١)</sup> وغير ذلك من الأحاديث :

ثالثاً : بالمعقول قالوا : إن الزواج عقد عظيم الخطر لكونه عقد العمر ويترتب عليه آثار خطيرة . فالمصلحة تقتضي بالخطر فيه فيحتاج إلى خبرة واسعة بأحوال الرجال ، ومعرفة من يصلح زوجاً ومن لا يصلح ، ولا يتوفر ذلك إلا في الولي من الرجال ، لأن المرأة مع قلة خبرتها بأحوال الرجال سريعة التأثر والانخداع فتساق وراء العاطفة دون نظر للمستقبل .

---

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٠١ .

### واستدل الحنفية كذلك بالقرآن والسنة والمعقول :

أما القرآن فقد ورد فيه عدة آيات أضافت النكاح إلى المرأة . منها قوله تعالى « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » فقد أضاف النكاح إليها وهذا يفيد أنه يتصور النكاح منها وأنه جائز لأنه جملة غاية للحرمة ومنها لها .

ومنها قوله سبحانه : « فلا جناح عليها أن يتراجعا » فقد أضاف التراجع وهو التناكح إليها من غير ذكر الولي ، وقوله جل شأنه : « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » فأضاف النكاح إليهن وهو يدل على جواز النكاح بمبارتتهن .

وأما السنة : فما رواه ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وأذنها صانها »<sup>(١)</sup> رواه الجماعة إلا البخاري .

وفي رواية « الأيم أحق بنفسها من وليها » والأيم من لا زوج لها . فقد جعل الثيب أو الأيم أحق بنفسها وهذا يقتضي أن للولي حقاً ، وليس للولي حق إلا مباشرة عقد الزواج فتكون أحق منه بهذه المباشرة .

قالوا : وقد ثبت أن أم المؤمنين عائشة زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن وهو غائب فلما حضر أمضى العقد .

أما المعقول فقالوا : إنها حين تزوج نفسها ، تصرف في خالص حقها لأثر نفسها مملوكة لها وهي عاقلة بالغة ، وقد اتفق الفقهاء على أنها تتصرف في أموالها حق كانت كاملة الأهلية . فكذلك الزواج بل هو أولى لأنها هي التي ستتزوج

---

(١) الرجوع السابق ص ١٠٢ .

لا وليها . فمن حقها أن تختار الرجل الذي تسلمه نفسها وتلتزم بطاعته .

فإن كان يترتب على فعلها في بعض صوره ضرر يلحق أسرتها كأن تزوج نفسها من غير كفء فيمكن تلافيه بإثبات حق الاعتراض للأولياء ، فلم أن يطلبوا قسح ذلك المقدر غير المتكافئ .

وأصحاب هذا الرأي مع إثباتهم للمرأة حق مباشرة زواج نفسها يقررون أنه يندب لها أن توكل وليها لمباشرة هذا المقدر كيلا تخرج عن مألوف الناس وتوسم بقلة الحياء .

تلك هي أدلة الفريقين وقد ناقش كل فريق أدلة الآخر ومع طول المناقشة لم تلخص أدلة كل طرف لإثبات مدعاه بتمامه ، لأن الآيات القرآنية كما أسندت النكاح إلى الأولياء أسندته إلى النساء أيضاً ، وهذا يدل على أن لكل منهما حقاً فيه ، وليس حقاً خالصاً لطرف دون آخر (١) .

---

(١) قيل للفريق الأول في استدلالهم بقوله تعالى هـ لا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ، الآية .

إن الخطاب فيها يحتمل أن يكون لأول الأمر من المسلمين أو لجميع المسلمين . وكلاهما أقرب من أن يكون خطاباً لأولياء المرأة . لأن الآية لم يقصد بها بيان حكم الولاية على المرأة . وإنما قصد بها بيان تحريم إنكاح المشركين ونكاح المشركات . وهذا أمر يكلف به أولياء الأمر من المسلمين أو كل المسلمين حسبته ، وقيل لهم في الآية الثانية « وأنكحوا الأيامى منكم . . . » إن الخطاب فيها كما يحتمل أن يكون للأولياء يحتمل أن يكون للناس جميعاً ، وتكون الآية خطاباً للأمة كلها بأن ينكحوا من لا زوج له من الرجال . ونساء وقوله ( منكم ) معناه الذين مسن جنسكم في الحرية بقرينة حذف الصالحين من المبيد والأماء عليه . لكن أي الاحتمالين أرجح من الآخر ؟

إذا نظرنا إلى ألفاظ الآية وجدنا فيها كلمتي « أنكحوا » و « الأيامى » ، والأول حقيقة في التزويج وهو إجراء عقد الزواج ، والثانية حقيقة فيمن لا زوج لمن الرجال والنساء كباراً وصغاراً ، =

أما الأحاديث الناهية للمرأة عن أن تزوج نفسها والتي تخبر ببطلان نكاحها، فهي ظاهرة فيما إذا استقلت بالمقد دون أن يكون لوليها رأي فيه ، أما أنها تدل على بطلان عبارتها وهو موضع الخلاف فليس فيها ما يدل على ذلك .

== وإرادة المعنيين الحقيقيين فيها لا يتفق مع المقرر في تشريعات الزواج ، لأن المعنى عليه أن الناس يكلفون بأن يزوجوا الأيامي وفيهم الرجال الكبار مع أنه لا ولاية لأحد عليهم ، فكان لا بد من التأويل في إحدى الكلتين إما في كلمة ( أنكحوا ) يستعملها في معنى أعم من إجراء المقد وهو المساعدة في النكاح والمعاونة عليه وتبقى كلمة ( الأيامي ) على عمومها .

وإما في كلمة الأيامي يحملها على غير الرجال الكبار ، وتبقى كلمة أنكحوا على حقيقتها وهو إجراء عقد التزويج لكن التأويل الأول أرجح يؤيده سياق الآية فإنها مسوقة لترغيب في النكاح الحلال بعد الزجر عن الزنى وعواصيه الفرية والبصيدة من النظر وإبداء الزينة ودخول البيوت بغير استئذان ، والتي يناسب إبقاء الأيامي على عمومها فالولي سبحانه يقول الناس جميعاً في هذه الآية : ساعدوا من لا زوج له على الزواج الحلال ولا يمتنعكم الفقر وقلة المال . فان الفقر والفقير يبدي ١ إن يكونوا فقراء بفنيهم الله من فضله ) وعلى هذا لا تصلح الآية دليلاً على ثبوت حق الولي في اختصاصه بأجراء الزواج .

وقبل للفريق الثاني فيها استدلوها به من الآيات في الآية الأولى وهي قوله سبحانه ( فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ) يحتل أن يراد بالنكاح الوطء لأنه جمل غاية لعدم الحل وغاية الحرمة هي الوطء لا المقد فلا تليدكم في الاستدلال على أن المرأة تعدد عقد زواجها .

وقبل لهم في الآية الثانية وهي « فلا جناح عليهما أن يتراجعا » إن إضافة التراجع إليهما لا يفيد أن يكون المقد من جانب المرأة ، لأن المقصود من الآية كلها بيان أن الحرمة انتهت بنكاح زوج آخر « حتى تنكح زوجاً غيره » فإذا حصل ذلك فلا جناح عليهما أن يزوجا من جديد . ويكون بالطريق المشروع وهو طريق الولي . ومعنى أن يتراجعا أن يتراجع الطرفان طرف الزوج السابق وطرف المرأة وهو وليها بعد إذنها في ذلك .

وهكذا انتهت المناقشة للاستدلال بالآيات إلى أن القرآن أضاف النكاح إلى الأولياء وإلى النساء ولا مرجح لأحدهما على الآخر فيفيد القرآن في مجموعه أن حق التزويج ثابت لكل منهما لا يختص به طرف دون آخر .



وأما ما جاء فيها من عبارة « فإن الزانية هي التي تزوج نفسها » ، فقد قيل إنها من كلام أبي هريرة ، ويؤيده ما رواه الدارقطني عنه : « كنا نقول التي تزوج نفسها هي الزانية » أي أنهم كانوا يستقبحون ذلك من المرأة . وعلى فرض ثبوت رفعها إلى الرسول فتجعل على ما إذا استقلت بالعقد واستبدت به ، وقد صرحنا الآثار المروية عن الصحابة بهذا المعنى .

فقد روى الدارقطني عن عكرمة بن خالد قال : « جمعت الطريق وحكياً فعملت امرأة منهن ثيب أمرها بيد رجل غير ولي فأنكحها ، فبلغ ذلك عمر فجلد الناكح والمتكوح ورد نكاحها .

وروي عن علي كرم الله وجهه : « أنه كان يضرب في النكاح بغير ولي » (١) . وأما أحاديث الاستنثار والاستئذان فغاية ما تفيد ، أن على الولي أن يفعل ذلك عند زواج موليته ولا يستبد بالعقد ، وليس فيها أنها تستقل بالعقد ، وكونها أحق من وليها ليس معناه أنها أحق بالاستقلال به ، وإلا لتمازجت مع الأحاديث السابقة ، وإنما يراد أنها أحق بالرضا بالزواج من وليها ، وأن رضا ليس كافياً لأنها التي ستزوج ويقع عبء الزواج عليها بعد تمامه .

والمعنى أنها أحق بوضع نفسها عند الزوج الذي ترضى به ، فلكل منها حق لكن حقها أعظم من حق الولي . بدليل أن رسول الله كان يرد الزواج الذي يستبد به الولي ويجعل للمرأة اختيار فيه .

أما معقول الفقيه الأول فلا يفيد إلا أن الولي أوصوب رأياً في اختيار الزوج من المرأة وهذا لا يلزم استبداده بالعقد . وبطلان مباشرتها له ، كما أن معقول الفريق الثاني قياس مع الفارق . حيث الفرق واضح بين تصرفها في المال الخاص

(١) نيل الأوطار ٦٤ ص ١٠١ .

بها ، وتصرفها في نفسها بالزواج الذي هو رباط بين أسرتين لا بين فردين .  
يترتب عليه إدخال فرد أجنبي في أسرتها يختلط بها ويطلع على ما خفي من  
أمورها ، وقد يلحق الأسرة منه عار ، فضرر الزواج لا يعود على المرأة فقط ،  
بل يعود عليها وعلى أسرتها ، بخلاف المال فإن نفعه وضرره يعود عليها وحدها  
غالباً وأمره سهل حين .

وبذلك نستطيع الجمع بين تلك الأدلة لنخرج منه بنتيجة تقول :

إن الزواج حق مشترك بين المرأة ووليها ، فلا يصح لواحد منها أن يستقل  
به ابتداء ، بل لا بد من اشتراكها فيه بتحقق رضاها معاً ، فإذا تم ذلك قوام  
أحدهما بمباشرة ، ولا تمنع المرأة من ذلك لأن أنوثتها لا تصلح مانعاً منه ، فقد  
ثبت أن عائشة أم المؤمنين زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن وهو غائب ،  
فلما حضر أمضى لتمتد . فمباشرتها المقعد وإمضاء أخيها له دليل على صحة  
مباشرة المرأة لعقد الزواج .

غاية الأمر أن مباشرة المرأة عقد زواج نفسها غير مستحسن في عرف الناس .  
فإبقاء حياتها وصوتا لكرامتها تدع ذلك لوليها يتولاه .

وهذا الرأي هو ما ذهب إليه الإمام الأوزاعي وأبو ثور من الشافعية كما يقول  
الشوكاني <sup>(١)</sup> وابن حزم الظاهري <sup>(٢)</sup> . والإمام أحمد في الرواية المخرجة عنه من

(١) نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ١٠٧ .

(٢) لكن ابن حزم في المحل قال : وقال الأوزاعي : إن كان الزوج حكيماً ولها من أمرها  
نصيب ودخل بها لم يكن المولى أن يفوق بينها . وقال أبو ثور : لا يجوز أن تزوج المرأة نفسها  
ولا أن تزوجها امرأة . ولكن إن زوجها رجل مسلم جاز « المؤمنون بعضهم أولياء بعض » .  
وهذا يفيد أن أبو ثور لا يصح النكاح بمباشرة المرأة . ولعل له رأيان كما نقل ابن حزم في  
اللسانة رقم ١٨٢١ عن بعض فقهاء التابعين كسطاء والحسن البصري ، والقاسم بن محمد والزهرري  
وابن سيرين . أنهم مسحوا زواج المرأة بغير وليها .

أنها إذا زوجت نفسها بإذن وليها صح، وما ذهب إليه محمد بن الحسن من الحنفية من أن الولاية في الزواج شركة بين المرأة ووليها قريب من هذا .

بعد هذا نعود إلى مذهب الحنفية الذي يجري عليه العمل فنقول :

إنه يتفرع عليه أنه إذا زوجت المرأة نفسها . فإما أن يكون لها ولي عاصب أو لا . فإن لم يكن لها ولي عاصب صح زواجها ونفذ على أي شكل تزوجت بكفء أو بغيره بمهر المثل أو بأقل منه لانفرادها بالحق حينئذ .

أما إذا كان لها ولي عاصب . فإن زوجت نفسها بالكفء وبمهر المثل ، كان العقد لازماً كذلك ، وليس للولي اعتراض عليه لأنه لا موضع لاعتراضه .

وإن زوجت نفسها بغير الكفء ، فمن الأمام روايتان : الأولى أن الزواج صحيح نافذ غير لازم ، فللولي الاعتراض وطلب الفسخ ، لأن الكفاءة والمهر المماثل حقان مشتركان بينهما .

والثانية : وهي رواية الحسن بن زياد عنه ، أن الزواج غير صحيح دفعاً للضرر الذي يناله من أساسه .

وقد رجح الفقهاء هذه الرواية للعمل والفتوى . لأن صحة هذا الزواج قد تؤدي إلى الضرر لاحتمال أن يسكت الولي عن اعتراضه حتى يدخل الزوج بها وتحبل أو تلد فيتقرر الضرر ، وقد لا يقبل اعتراضه لأي سبب .

وفي هذا يقول الكمال بن الهمام في فتح القدير : « كم من واقع لا يرتفع وليس كل ولي يحسن المرافعة والخصومة ، ولا كل قاض يمدل ، ولو أحسن الولي وعدل القاضي فقد يترك أنفة من التردد على أبواب الحكام واستثقالا لنفس الخصومات فيتقرر الضرر فكان منعه دفعاً له » .

أما إذا زوجت نفسها بالكفء وبأقل من مهر المثل صح العقد . ولكنه

لا يكون لازماً بالنسبة للولي فله الاعتراض ليكمل المهر أو يفسخ العقد .

وليلاحظ هنا أن الولي الذي له حق الاعتراض هو الولي العاصب ، أما غير العصب من ذوي الأرحام فلا حق لهم في الاعتراض ، كذلك يشترط في رضى الولي بالزواج أن يكون صريحاً . فمجرد السكوت بعد العلم بالعقد لا يترتب عليه لزوم العقد إلا إذا امتدّ السكوت إلى أن تحمل حملاً ظاهراً محافظة على حق الولد .

هذا ما يجري عليه العمل في مصر ، أما في لبنان فقد سبق بيانه عند الكلام على شروط الزوم من أنه بالنسبة للمسلمين السنيين فما جاء بالمادة - ٤٧ - من قانون حقوق العائلة - وهو أن عقدها لازم إلا في حالة تزويجها بغير الكفء ، أما نقصان المهر عن مهر المهل فلا يؤثر في لزومه .

وبالنسبة للجهنريين أن عقدها نافذ لازم ولو كان بغير الكفء وبأقل من مهر المثل لأنها حقان خالصان لها كما هو مقرر بذهبهم .

### المبحث الثالث

#### في من تثبت له الولاية المتعمدية

قلنا إن الولاية المتعمدية هي التي يملك بها الشخص تزويج غيره . ففيها ولي . مزوج ومولى عليه يزوج .

وهذا البحث معقود لبيان من تثبت له هذه الولاية فنقول :

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن هذه الولاية تثبت للعصبه بالنفس من الأقارب . وم كل قريب رجل يتصل بالولى عليه اتصالاً لا ينفرد بالتوسط بينها

فيه أنثى . ويشمل ذلك أصوله من الأب والجد أبي الأب وإن علا، وفروعه وم  
الأبناء وأبناؤهم وإن نزلوا ، وفروع أبويه من الذكور وم الأخوة سواء كانوا  
أشقاء أو لأب وأبناؤهم وإن نزلوا ، وفروع الأجداد وهم الأعمام وأبناؤهم  
كذلك .

غير أن الشافعية لم يعملوا للأبناء وأبنائهم ولاية إلا إذا وجدت صفة أخرى  
غير البنوة <sup>(١)</sup> .

كما اتفقوا على أنها تثبت للسيد على من يملكهم من المبيد والأماء ، وللحاكم  
أو نائبه إذا لم يوجد ولي من الأقارب، أو حصل عضل منه بالامتناع عن التزويج  
عند الحاجة .

واختلفوا في ثبوتها للوصي . فمنها الحنفية <sup>(٢)</sup> والشافعية ، وأنبتها المالكية  
مطلقاً والحنبالية في رواية <sup>(٣)</sup> . كما اختلفوا في ثبوتها لغير العصبة من الأقارب ،  
فأثبتها أبو حنيفة وأبو يوسف في أحد قولي : للأقرباء الورثة من أصحاب  
الفروض وذوي الأرحام ، ولا تنتقل إلى الحاكم مع وجود واحد من هؤلاء .

وذهب الجعفرية إلى ثبوتها للأب والجد والوصي والمولى والحاكم .

---

(١) جاء في النهاية شرحه ج ٣ ص ٢٢٢ : « ولا يزوج ابن بنته لأنه لا مشاركة بينه  
وبين أمه في النسب فلا يعتني بدفع المار عنه ، فإن كان ابن ابن أم أو متعاقباً لها أو قاضياً زوج  
به ولا تضره البنوة لأنها غير مقتضية لا ملزمة » .

(٢) يقول صاحب البدائع ج ٢ ص ٢٥٢ : « وليس للوصي ولاية الإنكاح لأنه يتصرف  
بالامر فلا يمد وموضع الامر كالوكيل ، وإن كان الميت أوصى إليه لا يملك أيضاً لأنه أراد  
بالوصاية إليه نقل ولاية الإنكاح وأنها لا تحتمل النقل حال الحياة كذا بعد الموت » .

(٣) في مذهب الحنابلة ثلاث روايات الأولى أنها تثبت الوصي مطلقاً ، والثانية تثبت له إذا  
نص في الإيصاء إليه على الزواج ، والثالثة لا يملكها الوصي إذا كان للوصي عليه ولي عاصب .

والإليك تفصيل مذهبي الحنفية والجمهورية الجريان العمل عليهما .  
 يرى أئمة الحنفية أن الولاية في الزواج تثبت أولاً للعصبات النسبية بالترتيب  
 الآتي :

فروع الشخص من الذكور كالأبن وابن الأبن وإن نزل ، ثم أصوله . كالآب  
 والجد لآب وإن علا ، ثم فروع أبويه من الذكور كالأخوة الأشقاء والأخوة لآب  
 وأبنائهم ، ثم فروع الإجداد كذلك كالأعمام لأبوين أو لآب وأبناء الأعمام .

فإذا كان للقاصر عاصب واحد من هؤلاء ثبتت الولاية له ، وإن كان له أكثر  
 من عاصب فإن اختلفت جهتهم قدم من كان من فروعه على من كان من أصوله ،  
 ثم من كان من أصوله على من كان من فروع الأبوين ، ثم من كانت من فروع  
 الأبوين على من كان من فروع الأجداد .

فالأبن مثلاً يقدم على الأب ، والجد على الأخ ، والأخ على العم وهكذا .

وإن اتحدت الجهة فإن اختلفت الدرجة قدم الأقرب درجة ، فالأبن يقدم  
 على ابن الأبن ، والأب على الجد ، والأخ ولو كان لآب على ابن الأخ الشقيق  
 وهكذا .

فإن اجتمع أخوان أحدهما شقيق والآخر لآب قدم الشقيق ، وكذلك إذا  
 اجتمع عمان أو أبنائهم أخوين ، وإن اتحدت الجهة والدرجة وقوة القرابة كأخوين  
 شقيقين أو لآب أو عمين شقيقين أو لآب تثبت الولاية لكل منهما كاملة لأنها تثبت  
 بسبب لا يتجزأ وهو القرابة . فتثبت لكل واحد من الأولياء المتساويين على  
 الكمال كأنه ليس معه غيره<sup>(١)</sup>

---

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٥١ .

فإذا زوج أحدهما القاصر صح ذلك ، وإن زوجه كل منها بدون علم الآخر صح السابق منها إن علم ، فإن لم يعلم السابق وكان المزوج ذكراً صح العقدان لعدم المانع ، وإن كان أنثى أبطل العقدان لعدم المرجح لأحدهما على الآخر وهي لا يصح زواجهما لأكثر من واحد في وقت واحد .

وقد اتفق أئمة الحنفية على ثبوت الولاية هؤلاء . كما اتفقوا على هذا الترتيب في حملته ولم يختلفوا إلا في صورتين .

أولاهما : ما إذا ثبت أن الزواج في مصلحة المجنونة أو المستومة وكان لها أب وابن فالابن مقدم في تزويجها عند أبي حنيفة وأبي يوسف في إحدى الروايتين عنه تطبيقاً للقاعدة العامة في ترتيب العصبات .

وقال محمد بن الحسن يقدم الأب على الابن في هذه الحالة لوفور شفقة الأب وطول خبرته فكانت ولايته أقوى ، ولأن الأب تثبت له الولاية على النفس والمال جميعاً بينما الابن لا تثبت له الولاية على المال ، ولجريان العرف بذلك في كل الأمصار ، ولأن الأب من قومها والابن ليس منهم لأنه ينسب إلى أبيه .

وروى عن أبي يوسف أن أبها زوجها صح زواجه لأنها بالنسبة إليها في درجة واحدة . فإذا كان الأب أوفر شفقة فالابن مقدم في الميراث عليه .

ومع وجاهة رأي محمد اختار الفقهاء الرأي الأول وجمعوا الفتوى عليه لاتفاقه مع القاعدة العامة . وإن كان الأفضل أن يفرض ابنها إلى أبيها أمر تزويجها تعظيماً له لمكانة الأبوة كما يقول الكاساني في بدائنه (١) .

وثانيتها : إذا اجتمع الجد والأخ فعند أبي حنيفة يقدم الجد لأنه مقدم عنده في الميراث ، وعندهما تثبت الولاية لهما لأنها يشتركان في الميراث فيها متساويان .

---

(١) المرجع السابق ص ٢٥٠ .

فإذا لم يوجد ولي عاصب هل تنتقل الولاية إلى الأقارب الوارثين من أصحاب الفروض وذوي الأرحام ثم من بعدهم إلى القاضي. أو تنتقل بعد المصبات إلى القاضي ؟ يرى أبو حنيفة أنها تنتقل إلى هؤلاء الأقارب قبل القاضي ولا تنتقل إليه إلا إذا لم يوجد واحد منهم ووافقه أبو يوسف في أشهر الروايتين عنه .  
ويذهب محمد بن الحسن إلى أنه لاحق هؤلاء في ولاية الزواج وإن كانوا ورثة ، فإذا لم يوجد عاصب كانت الولاية للقاضي الذي نص في مرسوم توليته على تزويج البتامة فيتولاه نيابة عن ولي الأمر ، ووافقه أبو يوسف في الرواية الأخرى عنه .

وسبب هذا الخلاف اختلافهم في سبب الولاية أهو التعصب أم القرابة ؟ فمن قال : إن سبب التعصب قال لا تنتقل إلى هؤلاء بل للقاضي مستدلاً بحديث «النكاح إلى المصبات» فإنه يدل على قصر الزواج على المصبات وحديث «السلطان ولي من لا ولي له» فتكون الولاية لولي الأمر بعد فقد المصبات .

ولأن المصبات هم الذين يلحقهم عار الزواج أو فخاره فيقتصر عليهم ليتعززوا من نسب يلحقهم به العار ، وتولى القاضي بعد ذلك إنما هو بطريق النيابة عن ولي الأمر صاحب الولاية العامة .

ومن قال إن سبب الولاية هو القرابة يقول : تنتقل إلى غير المصبات ، لأن هذه الولاية يقصد بها النظر في مصلحة المولى عليه ، وهذا النظر كما يوجد من المصبات يوجد من غيرهم من الأقارب ، لأنه أمر يقوم على الشفقة وهي موجودة عند هؤلاء الأقارب .

وهل يعقل أن الأم والجدة والأخت والعمة والحال والحالة وأمثالهم يعرطون في مصلحة القاصر ويزوجه بأي شخص كيفما اتفق ؟ وهل دراية هؤلاء بمصلحة قريبتهم تقل عن دراية القاضي المشغول بمصالح الناس وقض منازعاتهم ؟ على أن عار الزواج يلحق هؤلاء الأقرباء أيضاً .

ومن ذا الذي ينكر تعير الأم بزواج ابنتها بغير كفء ؟ أو تعير العدة والأخت وغيرها بمثل هذا الزواج ، أما حديث «النكاح إلى المصبات» إن ثبت



رفعه إلى رسول الله (ص) فمحمول على ثبوت الحق لهم حال وجودهم وليس فيه دلالة على قصر الولاية فيهم .

لهذا رجح فقهاء الحنفية رأي أبي حنيفة وقالوا : إنه الحق به كما نص عليه ابن عابدين في رد المحتار . وعلى هذا الرأي تثبت الولاية لذوي الأرحام حسب ترتيبهم في الإرث . فتثبت أولاً للأم ثم أم الأب ثم أم الأم ثم بنت الأم ثم بنت الأب ثم بنت بنت الأم ثم بنت بنت الأب ثم الأخوة والأخوات لأم ، ثم أولاد هؤلاء على الترتيب السابق ، ثم للبنات مطلقاً والأعمام لأم ثم الأخوال والحالات ثم بنات الأعمام ثم أولادهم .

فإن لم يوجد أحد من هؤلاء انتقلت الولاية إلى القاضي .

أما المذهب الجعفري فتثبت ولاية الزواج عندهم للأب والجد والوصي والحاكم والمولى كما قلنا .

أما الترتيب بينهم فالأب والجد في درجة واحدة فلا يشترط في ثبوت الولاية للجد عدم وجود الأب ، إلا على رأي ضعيف ، ولذلك قالوا : لو اختار الأب شخصاً والجد شخصاً آخر قدم السابق منها ، وإن اقتصرتا ثبت عقد الجد .

قال الإمام جعفر : إذا زوج ابنة ابنه فهو جائز على ابنه ، وإذا هوى أبوها رجلاً وجنسها رجلاً فالجد أولى بنكاحها (١)

---

(١) فقد روي مرة مرفوعاً إلى رسول الله وأخرى موقوفاً على علي كرم الله وجهه .

(٢) فقه الإمام جعفر للشيخ مفنيه ج ٥ ص ٢٤١ .

ولكنهم جعلوا الولاية للأب والجد على الصغير والصغيرة وليس نوب  
والحاكم ولاية على تزويجها .

أما المجنون والمجنونة فالولاية للأب والجد أيضاً سواء أ كان الجنون متصلاً  
بالصغر بأن بلغ أحدهما مجنوناً أم كان طارئاً بأن بلغ عاقلاً ثم طرأ عليه الجنون .  
فإذا لم يوجد أحد منهما ووجدت ضرورة للزواج لزوجهما الوصي أو الحاكم .  
أما السفية فالولاية عليه للأب والجد إذا بلغ سفيهماً أما إذا كان السفه طارئاً  
بعد البلوغ رشيداً فالولاية للحاكم .

يتلخص من ذلك أن الولاية على الصغيرة والصغير للأب والجد لا يشاركما  
أحد في ذلك كما أن لها ولاية على المجنون والمجنونة مطلقاً ، فإن لم يكن أحدهما  
موجوداً فالولاية للوصي إن وجد أو الحاكم بشرط أن يكون في تزويجها مصلحة .  
وكذلك لها الولاية على السفية إذا بلغ كذلك ، أما من كان سفيه طارئاً فالولاية  
عليه للحاكم الشرعي فقط <sup>(١)</sup> .

### المعمول به في مصر ولبنان

أما في مصر فالعمل يجري على مذهب أبي حنيفة وهو ثبوت الولاية للأقرباء  
من العصبات وغيرهم بالترتيب السابق ثم من بعدهم للقاضي باعتباره أرحم  
الأقراء في المذهب الحنفي ، ولأن لائحة المحاكم الشرعية في المادة ( ٢٨ ) نصت  
على أن تزويج من لا ولي له من الأيتام وغيرهم من اختصاص رؤساء المحاكم  
والقضاة الجزئيين في دائرة اختصاصهم .

---

(١) راجع المختصر الناتج وشرائع الإسلام المسحق الملى وفقه الإمام جعفر للشيخ مفتية ج .  
ص ٢٤٢ وما بعدها والتصوص المتفردة فيه عن صاحب الجواهر . وقارن ذلك بما في كتابه  
لأحوال الشخصية في هذا الموضوع .

اما في لبنان فبالنسبة للسنيين الولاية للعصبات فقط ، ثم للقاضي حسبما جاء في قانون حقوق العائلة . فالمادة الماشرة منه تنص على أن « الولي في النكاح هو العصبة بنفسه على الترتيب » وهو كما ترى مذهب محمد والمشهور من مذهب أبي يوسف ، وبالنسبة للجمعيين مذهبهم من أنها للأب والجدة من الأقرباء فقط ثم للوصي والحاكم « القاضي » في بعض الصور <sup>(١)</sup> .

#### غيبة الولي القريب وعضله :

إذا عرفنا ترتيب الأولياء فكل واحد منهم إذا كان مستوفياً لشروط الولاية يحجب من بعده ، فإذا قولي الولي البعيد المقدم مع وجود القريب توقف العقد على إجازة من له الولاية كتزويج الأخ لأخته وأبوه حاضراً ، لكن قد يغيب الولي القريب أو يمتنع عن التزويج فهل تنتقل الولاية لمن بعده ؟

إذا غاب الولي القريب وجاء الخاطب الكفء وهو لا ينتظر حضور الغائب أو معرفة رأيه ، فإن الولاية تنتقل إلى من يليه خوفاً من فوات المصلحة ، ولأن الولاية ثابتة للمعيد بأصل قرابته إلا أنها مؤخّرة لكون القريب أوفر شفقة ، فإذا تعذر قيام الولي القريب بمقدّم العقد كان الحق للمعيد في هذه الحالة .

وعلى ذلك ليس للغائب إذا جازى أن يمتنع على هذا العقد ، لأنه اعتبر في حال غيبته كالمعدوم وهذا عند أبي حنيفة وصاحبيه ، وقال زفر لا تنتقل الولاية وينتظر حضور الغائب ، لأن ولايته لا تزول بغيابه ولا يخفى ما في هذا القول

---

(١) وقانون الطائفة الدرزية يحمل الولاية للعصبة بالنفس على الترتيب فإن لم يوجد ولي أو كان ولكنه غير أهل ، فالولاية لأحد شيعي العقل أو قاضي المنعجب ، أو من ينيب لذلك .  
المادتين ٨٠٧ . ٨٠٨

من تقويت للصحة (١١) .

وإذا امتنع الولي صاحب الحق عن التزويج ، فإذا كان امتناعه لسبب ظاهر كعدم كفاءة الزوج أو لأن المهر أقل من مهر المثل ، أو لوجود خاطب آخر يفوق الأول في مزاياه لا يعد عاضلا في هذه الحالة ولا تنتقل الولاية لغيره . فليس لمن بعده من الأولياء تولي العقد . كما لا يملك القاضي توليه لعدم الظلم في هذه الحالة .

أما إذا امتنع من غير سبب يبيح له ذلك كان في هذه الحالة عاضلا أي ظلما . وحينئذ لا تنتقل الولاية لمن بعده من الأولياء لعدم سقوط ولاية الممتنع بل تنتقل إلى القاضي فيتولى العقد نيابة عنه ، لأن ما فعله ظلم يؤدي إلى تنازع الأولياء ، وهو مكلف برفع الظلم .

ويعد الولي عاضلا إذا امتنع عن التزويج عند حاجة المولى عليها إليه . كما إذا طلبت الحرة البالغة المأقاة الأنكاح من كفء موجود راغب فيها بمهر المثل ، فإنه يجب عليه التزويج لأن امتناعه ظلم وهو منهي عنه ، فإذا لم يفعل تولى القاضي نيابة عنه (١٢) .

(١) يرى الشافعي في هذه الحالة أن الولاية تنتقل إلى القاضي . والجهمية لا تنتقل لهذا ولا لذلك وإنما لكل شخصا يزوجه ، وليس للقاضي تزويجها إلا بتوكيل منها .

(١٢) يقول صاحب البدائع ج ٢ ص ٢٥٢ : ولولاية الإمامة شرطان غير ما شرط في الولي . أحدهما : يمم فرعي الولاية . وهو ألا يكون هناك ولي أصلا . والثاني : يخلص أحدهما وهو ولاية قنذب والاستجباب أو ولاية الشركة على اختلاف الاصل وهو العضل من الولي . لأن المرأة البالغة المأقاة إذا طلبت الأنكاح من كفء وجب عليه التزويج منه لأن منهي عن العضل ، والنهي عن الشيء ، أمر بوضه ، فإذا امتنع أخر بها ، والإمام نصب لدفع الضرر فنتقل الولاية إليه .

وروي البخاري وأبو داود والترمذي عن معقل بن يسارق قال : « كنت لي أخت تحبب إلي فأتاني ابن عم لي فأتى حبتها إياه ثم طلقها طلاقا له رجعة ثم تركها حتى انقضت عدتها فلبس

ومثل ذلك إذا كانت المولى عليها مجنونة بالغة وأثبت الطب أن علاجها  
بالزواج ، وامتنع عن تزويجها ووجد من يرغب في زواجها .

وكذلك تنتقل إلى القاضي فيما إذا وجد أولياء في درجة واحدة وتنازعا  
وخيف أن يؤدي تنازعهم إلى فوات الشاغب الكفء لقول الرسول ﷺ :  
« فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » .

والجعفرية هنا على مبدئهم من أنه لا ولاية على الصغيرة إلا للأب والجد فقالوا  
لو عضل واحد منها وامتنع عن تزويجها فليس لأحد أن يزوجه حتى الحاكم .

## المبحث الرابع

### في أنواع الولاية المتعدية وعلى من تثبت كل منها

اتفق الفقهاء على أن هذه الولاية تتنوع إلى نوعين . ولاية جبرية . وهي التي  
تحول لصاحبها الاستقلال بإنشاء عقد الزواج دون أن يكون للمولى عليه دخل  
فيه ، ولذا سماها بعض الفقهاء ولاية استبدادية لاستبداد الولي فيها بإنشاء العقد  
دون مشاركة من المولى عليه .

ولاية لا جبر فيها : وهي التي تحول الولي تزويج المولى عليه بناء على  
اختياره ورغبته فلا يستقل بالعقد ، ولكن الفقهاء اختلفوا في تسميتها ، فالحنفية  
في الراجح من مذهبهم يسمونها ولاية نذب واستصحاب . على معنى أنه يستحب

---

خطبت إل أنائي يخطبها فقلت : لا راه لا أنكحها أبدا قال : ففي زلت هذه الآية وإذا  
طلقت النساء فليئن أبطنن فلا تمطلون أن ينكحن أزواجهن « الآية قال : فكثرت من بيني  
وأنكحتها إياه « وفي روايه : وكان رجلا لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه « . نيل  
الأوطار ج ٦ ص ١٠٦ والفتى لابن قدامة ج ٦ ص ٤٧٧ .

للمولى مباشرة العقد نيابة عن المولى عليه بعد أن يتم الاختيار من جهته ، كما يستحب للمولى عليه أن يكمل مباشرة العقد للمولى ، حيث يصح له أن يباشره بنفسه .

ويسمى المالكية ولاية اختيار حيث لا جبر فيها على المولى عليه .

ويسمى الشافعي ومحمد بن الحسن من الحنفية ولاية شركة لاشتراك كل من المولى والمولى عليه في اختيار الزوج ، فلا يتم العقد إلا بتلك المشاركة ، ولا فرق بينهما إلا أن الشافعية يمنعون ولي المولى عليه العقد لأنه امرأة ، وأما محمد فيجوز ذلك كما سبق بيانه .

ولكل من الولايتين أحكام تخالف أحكام الأخرى . وإليك البيان .

أما الولاية التي لا جبر فيها ، ولاية التدب والاستعجاب ، فتثبت لكل الأولياء عموماً لا فرق بين ولي وولي حسب الترتيب في كل مذهب كما قدمنا

وتثبت هذه الولاية على المرأة البالغة العاقلة وأن كانت رشيدة . وهذا القدر متفق عليه بين الأئمة في الجملة ، لكنهم اختلفوا وراء ذلك في أنها هل تثبت على تلك المرأة مطلقاً بكر أو كانت أو ثيباً ، أو أنها مقيدة بقيد بحيث لو لم يوجد كانت الولاية إجبارية ؟ .

فالحنفية والجمهورية لا يشترطون فيها شيئاً ، ووافقهم الحنابلة في إحدى الروايتين عندهم والشافعية يشترطون فيها الثبابة فإن كانت بكراً فالولاية عليها إجبارية . وهي رواية عند الحنابلة .

ووافقهم المالكية في القول المشهور عندهم <sup>(١)</sup> فإنه يقرر أن البكر البالغة

---

(١) وذهب ابن وهب إلى أن البكر تجبر ما لم تكن عانساً لأنها إذا عتست صارت كالثيب . =

ثبتت عليها ولاية الأجبار ولو بلغت ستين سنة أو أكثر .

ومن هذا ترى أنهم اتفقوا على أن الولاية التي لا جبر فيها تثبت على الثيب البالغة العاقله وإن اختلفوا في تفسير تلك الولاية . وفي صحة مباشرتها عقد الزواج وقد قدمنا وجهة كل من الرأيين وما اخترناه فيه ، واختلفوا في الولاية على البكر البالغة هل هي جبرية أو غير جبرية على معنى أن الولي المجرى زوجها دون أن يكون لها رأي في هذا الزواج ولا جبر له عليها بل زوجها بعد أخذ رأيها .

ومن هنا نرى أن الفريق الأول وهم الحنفية والجعفرية والحنابلة في رواية يسوون بينها فلا جبر عندهم .

وأن الفريق الثاني وهم الشافعية والمالكية في المشهور عندهم والحنابلة في الرواية الأخرى يعرفون بينها ، فيثبتون الولاية الجبرية على البكر الكبيرة دون الثيب الكبيرة .

#### استدل الفريق الثاني

أولا : بالأحاديث التي ظاهرها التفريق بينها .

منها ما رواه الجماعة إلا البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال : « الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها » .

ومنها ما جاء في رواية أبي داود والنسائي عن ابن عباس « ليس الولي مع

---

عن التمسيس ثلاث وثلاثون سنة على الرجوع عندهم . ومنشأ الخلاف هل العلة في الجبر البكارة وهي موجودة أو الجهل بمصالح النساء وهي مفقودة . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٢٦ .

الثيب أمر واليتيمة تستأمر وصحتها إقرارها .

قالوا : إن مفهوم هذين الحديتين يفيد أن غير الثيب للولي معها أمر ، أو هو أحق بها من نفسها ، ولا يكون ذلك إلا بملكه إجبارها حيث إنه يملك مباشرة عقد الزواج لها .

وثانياً . إنه ثبت أن رسول الله ﷺ رد نكاح الثيب التي تزوجت بدون رضاها فيما أخرجه الجماعة إلا مسلماً عن خنساء بنت خدام الأنصارية قالت : « إن أباًها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله ﷺ فرد نكاحه » (١) .

وثالثاً : ثبت أن أباً بكر رضي الله عنه زوج ابنته عائشة لرسول الله ﷺ ولم يكن لها رأي وهي وإن كانت هذه صغيرة فهي بكر . فلم بذلك أن علة الإيجار كون المزوجة بكراً .

وهذه العلة موجودة في البكر الكبيرة . لأنها جاهلة بأمور الزواج فتجبر بخلاف الثيب فإنها عالة بالمقصود من الزواج ، ولها خبرة سابقة فيه . فلا تجبر عليه كالرجل .

هكذا استنبط الشافعية علة الأيجار وهي البكارة من قضية تزويج عائشة . والمالكية يذهبون إلى أن علة الأيجار أحد أمرين . الصغر أو البكارة أخذاً من هذه القصة ، ومن ثم أثبتوا الجبر على البكر ولو كانت كبيرة ، وعلى الثيب الصغيرة .

أما الحنفية ومن وافقهم الذين لا يفرقون بينهم فقد قالوا : إن علة الأيجار

---

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٢٧ .



هي الصفر لأن الصفر هو مناط عدم الخبرة بأحوال الزواج، وهو مانع من القدرة على اختيار الزوج، أما الكبيرة فهي عاقلة لها رأي، والبكر وإن لم تخبر الزواج علمياً إلا أنها تستطيع التمييز بين الرجال وتعرف من يصلح لها ومن لا يصلح، فإذا اختار لها وليها زوجاً كان لها الخيار في القبول والرد، وإذا كانت علة الأجبار الصفر وهي غير موجودة في البكر الكبيرة فلا تجبر لأن الحكم لا يوجد بدون علته.

واستدلوا ثانياً: بأنه ثبت في أكثر من حديث «أن الثيب تستأمر والبكر تستأذن» وهذا يفيد أنها في الكبيرة. لأن الصغيرة لا أمر لها ولا إذن.

وتلك الأحاديث تدل على أنه لا بد من أخذ رأيها في الزواج، لكنها عبرت في جانب الثيب بالاستئثار وفي جانب البكر بالاستئذان، وكل منها يطلب به رأي المرأة لا فرق بينها في ذلك، وإنما يظهر الفرق في التعبير عن هذا الرأي. ففي جانب الثيب أمر صريح بالكلام أو ما يقوم مقامه من الفعل، وفي جانب البكر مجرد إذن يكفي فيه السكوت الدال على الرضى، يوضح ذلك ما جاء في بعض الروايات أن رسول الله ﷺ قال: «الثيب تعرب عن نفسها والبكر رضاهما صماتها».

ولما قالت أم المؤمنين عائشة يا رسول الله: إن البكر تستعصي قال: «رضاهما صماتها» متفق عليه، وهل يتفق الجبر مع الرضى؟

على أنه جاء في رواية لأبي داود والنسائي «واليتيمة تستأمر وصمتهما إقرارها». وجاء في رواية عائشة قلت: يا رسول الله تستأمر النساء في أبضاعهن؟ وقال «نعم» قلت: إن البكر تستأمر فتستعصي فتسكت فقال «سكاتها إذن» متفق عليه.

ففي هذين الحديثين التعبير في جانب البكر بالاستئثار. فأى فرق بينها؟

وأصرح من كل هذا ما جاء في رواية أحمد عن أبي موسى أن النبي ﷺ قال : « تستأمر اليتيمة في نفسها فإن سكنت فقد أذنت وإن أبت لم تكروه »<sup>(١)</sup> واستدلوا ثالثاً : بأنه ثبت أن رسول الله رد نكاح البكر الكبيرة التي زوجت بدون رضاها .

ففي سنن أبي داود والنسائي وابن ماجه ومسنند الإمام أحمد من حديث ابن عباس ه أن جارية بكرا أنت رسول الله فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ وهو حديث صحيح<sup>(٢)</sup> .

واستدلوا رابعاً : بأن رسول الله ﷺ سوى بينها في النهي عن إنكاحها حتى يتحقق ما يدل على رضاها في الحديث المتفق عليه الذي رواه أبو هريرة

(١) قال الشوكاني في نيل الأوطار ج ٦ . حديث أبي موسى أخرجه ابن حبان والحاكم وأبو يعلى والدارقطني .

قال في مجمع الزوائد : رجال أحمد رجال الصحيح . قد يقال : إن اليتيمة من لا أب لها وهي لا تجبر عند الجماعين ولاية الجبر لأب فقط ، قلنا : إن وصيه له ذلك من بعده عند المالك والحناابلة ، والجد له ذلك عند الشافعية حيث إنها ثابتة لها . قالتي فقدت أهلها وزوجها وصيه عند الأولين وجدها عند الآخرين يتيمه يقول الحديث عنها « وإن أبت لم تكروه » .

(٢) وقول البيهقي فيه إنه مرسل مردود كما قال الكمال بن الهمام في فتح القدير : أولاً بحجية المرسل الصحيح ، وثانياً . بأن عكرمة رارية قال مرة : إن جارية بكراً أنت النبي صلى الله عليه وسلم فأرسل ، وذكر مرة أو مراراً الواسطة بينه وبين النبي ولا شيء في ذلك ... وقال ابن القطان : حديث ابن عباس هذا صحيح ، وليست هذه خنساء بنت خدام التي زوجها أبوها وهي ثيب . فإن هذه بكرو وتلك ثيب ، وهما واقتناع بدليل ما أخرجه الدارقطني عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم رد نكاح ثيب وبكر أنكحها أبوهما وهما كلومتان

راجع فتح القدير ج ٣

أن رسول الله ﷺ قال : « لا تتكح الأيم حتى تستأمر ولا البكر حتى تستأذن » (١) فهو صريح في النهي عن إنكاح كل منهما حتى يصدر منها ما يدل على رضاها .

إذاً لا فرق بين الثيب والبكر حتى تجعل الولاية على إحداها جبرية وعلى الثانية غير جبرية فيترجح بذلك القول بأن الولاية على المرأة البالغة العاقلة بكراً كانت أو ثيباً غير جبرية ، لأن المفهوم الذي استدله القائلون بالجبر لا يقوى على معارضة منطوق الأحاديث الأخرى التي استدلت بها المانعون للجبر وقد قدمناها قريباً (٢) .

ولقد قال ابن القيم (٣) في ترجيح القول بعدم ثبوت الجبر على البكر العاقلة الرشيدة « إن عدم الجبر هو الموافق لقواعد الشريعة ، فإن البكر العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها في أقل شيء من ملكها إلا برضاها ، ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها ، فكيف يجوز أن يرقها ويخرج بعضها منها بغير رضاها إلى من يريده ، ويجعلها أسيرة عنده كما قال رسول الله ﷺ : « اتقوا الله في النساء فانهن عوانت عندكم » أي أسراء . ومعلوم أن إخراج ما لها كله بغير رضاها أسهل عليها من تزويجها بمن لا تختاره بغير رضاها » اهـ

---

(١) متفق الأخبيل بشروح ذيل الأوطار ج ٦ ص ١٢٧ .

(٢) على أن نقول لهم : إن نظم باقي الحديث الذي استدلوا عليه يخالف ذلك المفهوم لأنه يقول : « والبكر يستأمرها أو يستأذنها » وهو ظاهر في الوجوب ، وجوب الاستئثار منافع للأجبار ، لأنه طلب الأمر أو الأذن . وفائدته الظاهرة - كما قلنا - ليست إلا ليلم رضاها أو عدمه فيصل على وفقه . وهذا هو الظاهر من طلب الاستئذان فيجب البقاء معه وتقديسه على المفهوم المارض ، لأنه يستحيل أن يكون الفرض من الاستئذان أن يستأذنها ثم يخالفها ويزوجها قهرًا عنها . لأنه يجرّد الأمر بالاستئذان عن الفائدة .

(٣) زاد للماد في هدى خير العباد ج ٤ ص ٢ .

## بم يكون الرضا ؟

يتحقق الرضا من الثيب بالقول والفعل كطالبتها بالمهر والنفقة ، وتمكينها من نفسها لحديث « الثيب يُعرب عنها لسانها » والفعل يدل على ما يدل عليه القول . وقول رسول الله لبريرة « إن وطئك زوجك فلا خيار لك » .

أما البكر فرضاها يتمحق بهذين الطريقين ، ويأمر ثالث وهو السكوت<sup>(١)</sup> لحديث « وأذننا صماتها » ، ولأنها تستحي من النطق بالأذن في النكاح لما فيه إظهار رغبته في الأرجال فتنسب إلى الوقاحة ، فلم يجعل سكوتها إذناً وشرط استنطاقها - وأنها لا تنطق عادة - لفاقت عليها مصالح الزواج مع حاجتها إلى ذلك وهذا لا يعجز ، والسكوت وإن كان محتملاً للرضا وعدمه إلا أنه يترجع جانب الرضا ، لأنها لو لم تكن راضية لردت ، لأنها إن كانت تستحي من الأذن فلا تستحي من الرد فلما سكنت ولم ترد دل على أنها راضية .

ويقوم مقام السكوت كل فعل يدل على الرضا . كالتبسم أو الضحك من غير استهزاء ، وقالوا : ومنه البكاء بدون صوت فإنه بكاء الفرح .

## المراد بالبكر والثيب هنا :

ليس المراد بالبكر والثيب هنا حقيقتهما اللغوية ، لأن حقيقة البكارة بقاء العنصرة ، وحقيقة الثيبابة زوالها ، والعكس هنا ليس مبنياً على ذلك بالإجماع ، لأن

---

(١) الخفية قالوا : إن سكوتها يعتبر إذناً في الولي الأقرب أما الأبعد والأجنبي فلا بد من الكلام لأنه توكيل لما ولا بد فيه من القول .

والخاتمة قالوا : إذن البكر الصمات وهو المملوك لكن نطقها أبلغ . وقيل يعتبر النطق في غير الأب .

أحكام الولاية لا تتقف عند هذا المعنى ، بل هناك صور من ذهب 'عذرتها' تعامل معاملة البكر في الزواج وما يتعلق به من الولاية .

فالثيب هنا : من ذهب عذرتها بمقاربة جنسية يتعلق بها ثبوت النسب وهي ما كانت بزواج صحيح أو فاسد أو بشبهة توجب لها المهر بالاتفاق بين الفقهاء .

أما من ذهب بكارتها بمرض كوثبة أو ضربة أو جراحة أو دفعة حيض شديدة فتعامل معاملة البكر بالاتفاق مع كونها ثيب بالغة <sup>(١)</sup> . لبقائها على حياتها حيث لم تقارن أحداً من الرجال ، كما أنها لم تبشر الإذن بعقد الزواج أو يقال : إنها بكر حقيقة <sup>(٢)</sup> . لأن مصيبتها بعد زوال عذرتها أول مصيب لها . ومنه الباكورة وهي أول الثمار .

لكن الفقهاء اختلفوا فيمن زالت بكارتها بالزنى .

فالشافعي في الأصح من مذهبه وأبو يوسف ومحمد من الحنفية وأحمد في المشهور عنه يذهبون إلى أنها ثيب تعامل معاملة الثيب في الزواج لا ترقى في ذلك بين المطاوعة والمكرمة .

---

(١) الشافعي قول آخر : وهو أنها تعامل معاملة الثيب في الزواج لزوال عذرتها . شرح المنهاج ج ٢ ص ٢٢٢ راجع في هذا الموضوع البدائع الحنفية ج ٢ ص ٢٤٩ وفتح القدير ج ٣ - والشرح الكبير مع حاشية المصنف للملكية ج ٢ ص ٢٢٢ - والمغنى لابن قدامة الحنبلي ج ٦ ص ٤٩٤ .

(٢) يقول الكمال بن الهمام في فتح القدير : إن البكر يقال على من لم يصيبها مصيب ومنه الباكورة لأول الثمار ، والبكرة لأول الثمار ، وعلى المذواء وهي أخص ، أو هي من لم يصيبها مصيب ومن أفرادها قائمة المنورة فهو مترادف على التعريف الثاني ومشارك لفظي على التعريف الأول ج ٢ ص ٤٥٣ .

قالوا : إن هذه ثيب حقيقة لغة وشرعا بما حصل منها فإن مُصيّبها عائد إليها ، ومنه المثابة الموضع الذي يرجع إليه ، قدخلت في الثيب في الحديث . وقد فرق بينها وبين البكر .

ولأنها تشبه الموطوءة بشبهة . وقد اتفق الجميع على أنها ثيب فتكون هذه مثلها .

ولأن البكر يكتفى بسكوتهأ لحياها وهذه قد ذهب حياؤها بمغالطتها الرجال بهذا الطريق المحرم على أن الحياء أمر خفي لا يمكن الوقوف عليه وإنما يعرف بمظنته وهي البكارة وقد زالت بالزنى .

وفهب أبو حنيفة ومالك وأحمد في رواية إلى أنها تعامل معاملة البكر إذا لم تشتهر بالزنى على الأصح ، لأن علة الاكتفاء بصبات البكر الحياء كما جاء بالحديث ، والحياء من الشيء لا يزول إلا بمباشرة . وهذه لم تبشره بالأذن في النكاح فبقي حياؤها منه بحاله .

ولهذا لم تدخل البكر التي زالت عذرتها بالوثبة ونحوها في الثيب في هذا الحديث وإن كانت ثيباً حقيقة ، وأن الشارع ندب إلى الستر على الزنى ، ومعاملتها معاملة الثيب في هذا الموضع تشهير بها يتنافى في الستر المطلوب .

وفي هذا يقول الكمال بن اعمام : إن الفرض أن الزنا غير مشهور فيتعارض دليل إلزامها النطق مع دليل المنع من إشاعة الفاحشة في هذه الصورة . والمنع يقدم عند التعارض فيعمل دليل نطق الثيب فيها وراء هذه ، ولذا لم يوجب على الولي استكشاف حالها عند استئذانها أمي بكر الآن ليكتفي بسكوتهأ أم لا ، بل اكتفى ببناء على الأصل الذي لم يظهر خلافه والكلام هنا في زنا لم يظهر فيجب كونها بكراً شرعاً .

وقياس الفريق الأول على الوطء بشبهة قياس مع الفارق . لأن الوطء بشبهة

أو بنكاح فاسد أظهره الشارع حيث علق عليه أحكاماً من وجوب المهر وثبوت النسب بخلاف الزنا غير المشتهر فإن الشارع لم يعلق عليه أحكاماً بل أمر بالستر عليه فافترقا .

أما ولاية الأخت فإن فقهاء المذاهب الأربعة والجعفرية على أنها تثبت على الصغير والبكر الصغيرة والمجانين والماتية ذكوراً وإناثاً إذا وجدت مصلحة في تزويجهم .

واختلفوا في ثبوتها على الثيب الصغيرة والبكر البالغة العاقلة .

فالأكلية يذهبون إلى ثبوت ولاية الجبر عليهما لأن علة الجبر عندم إما الصغير أو البكارة .

والشافعية يقولون بثبوتها على البكر الكبيرة فقط ، لأن علة الجبر هي البكارة .  
لجلبها بأمر الزوج لعدم ممارستها بالتجربة فتكون عاجزة عن اختيار الزوج الملائم ، وعلى هذا لو زوج الأب الصغيرة ثم دخل بها الزوج ثم طلق لا يجوز للأب تزويجها حتى تبلغ فتستشار إذا لا حاجة إلى زواجها ثانية حيث لم تجمع التجربة الأولى فلا داعي لتكرارها ، وهي لا تزوج إلا بأمرها كما صرح الحديث « الثيب تستأمر » ولا أمر لها ما دامت صغيرة فينتظر حتى تبلغ ليكون لها أمر .

والحنفية والجعفرية والحنابلة في أرجح الرأيين عندم يذهبون إلى ثبوت الولاية الجبرية على الثيب الصغيرة دون البكر البالغة ، لأن علة الجبر هي الصغير ، ولذلك تثبت على الصغير وهو لا يوصف بالبكارة ولا بالثيابة ، لأن الصغير يصعبه المعجز عادة عن اختيار الزوج ويلحق به ما في معناه من عته أو جنون .

والثيب الصغيرة كأنها الولاية ثابتة عليها قطعاً قبل الثبوت فكان الولي يملك جبرها على الزواج إذا وجد مصلحة لها في ذلك لتستوفي حظها منه بعد

البوغ لعجزها عن ذلك بنفسها وقدره الولي عليه ، والثبابة التي عرضت لها لا تصلح مانعاً من تزويجها بل تجعلها أحوج إلى التزويج من البكر لأنها مارست الرجال وصحبهم ، فإذا ثبتت الولاية على البكر فأولى أن تبقي على الشيب الصغيرة ، والمراد بالثيب في الحديث الكبيرة كما سبق بيانه ، وهذا يترجح ثبوت الولاية عليها ، أما البكر البالغة فالراجح عدم ثبوت ولاية الأجير عليها كما بيناه من قبل .

### من تثبت له ولاية الأجير ؟

للقهاء في ذلك آراء . فالشافعية والحنبلية يثبتونها للأب والجد فقط لأن ثبوتها للأب ثبت بتزويج أبي بكر الصديق ابنته عائشة لرسول الله وهي صغيرة والجد مثل الأب في كثير من الأحكام حيث يتصرف في مالها كالأب فيأخذ حكمه في ثبوت الولاية ، ويقتصر على هذين لوفور شفقتهم التي لا تتوفر في غيرهما من العصبات .

وأضافوا الحاكم للأب والجد في ثبوت الولاية الجبرية على المجانين والمعتاه . والمالكية والحنبلية في المشهور عندهم يثبتونها للأب ووصيه ، لأن الوصي قائم مقام الأب واختياره يدل على ذلك ، فإن الأب لا يختار وصياً لتزويج ابنته إلا إذا كان موفور الشفقة حرصاً على مصلحة ابنته .

غير أن المالكية يقيدون ولاية الإجير للوصي بعالي ما إذا عين الأب الزوج أو فوض له الأمر بأن يزوجه من يشاء ، فإذا ملك الوصي الإجير لا يزوجه إلا بمهر المثل وبالزوج الكف بخلاف الأب فإنه يملك الإجير مطلقاً<sup>(١)</sup>

(١) الشرح الكبير لمجملية الدررقي ج ٢ ص ٢٢٢ .



والحنفية يثبتونها للعصبات واستدلوا بإجماع الصحابة ، وما روى عن علي كرم الله وجهه « النكاح إلى العصبات » فقد روى مرة موقوفاً عليه وأخرى مرفوعاً لرسول الله ، ولوجود الشفقة عند سائر العصبات غير أنهم لما كانوا مختلفين في قوة القرابة والشفقة اختلف الحكم في تزويجهم حيث يكون تارة لازماً ، وأخرى غير لازم . ففي تزويج الأب والجيد والابن بالكفء والمهر المناسب يكون المقد لازم لا تخيير فيه ، وفي تزويج غيرهم جعل للمولي عليه الخيار عند البلوغ إذا كان صغيراً أو الأفاقة إن كان مجنوناً ليتدارك الخطأ الذي يكون في تزويجهم .

## المبحث الخامس

### في أحكام تزويج الأولياء وأثر القانون في الولاية

هذه الأحكام وإن تقدم ذكر بعضها في ثنايا الكلام لكنها تحتاج إلى جمعها في بحث واحد ، وقبل بيان تلك الأحكام نطرح السؤال الآتي :

هل لهذه الأحكام فائدة عملية الآن بعد ما منع قانون العائلة تزويج الصغار في مادته السابعة ، ومنع زواج المجنون والمجنونة إذا لم يكن مبنيًا على ضرورة وإذا وجدت ضرورة يقصد الولي النكاح بأذن الحاكم ، وبعد ما قيدت القوانين المصرية الزواج بسن معينة ، ومنعت الموثقين من توقيع عقود زواجهم ، كما منعت القضاة من سماع دعوى الزوجية أو ما يتعلق بها إذا لم يبلغ الزوجان أو أحدهما السن القانونية ؟

والجواب : أن تلك القوانين وإن جمعت أحكام تزويج الصغار غير عملية لعدم واقعتها لكنها باقية عملياً بالنسبة لتزويج فاقد الأهلية من المجانين

والماتية على ما كانت عليه في مصر لعدم تعرض القوانين لها ، وكذلك في لبنان لأن القانون لم يعرض إلا لمنع زواج المجانين إلا للضرورة . فإن وجدت عقد الولي الزواج بأذن الحاكم ، ويبقى بعد ذلك إذا زوج الولي المجنون أو المجنونة بعد إذن الحاكم زواجا غير متكافئ أو بمهر فيه غبن ثم أفاق المجنون أو المجنونة . لم يعرض لها القانون فيرجع في حكمها إلى مذهب الحنفية . كما هو الشأن في حكم ما سكت عند القانون .

ومن هنا كان لا بد من معرفة تلك الأحكام ولو بصورة إجمالية . وإليك البيان .

عرفنا مما سبق أن الولاية في التزويج للقاصرين صفاراً أو مختلي العقل تثبت للأقارب من العصبات وذوي الأرحام على الرأي المفق به في مذهب الحنفية ثم من بعدهم للقاضي ، وإنما تثبت للأقارب أولاً لوفور الشفقة عندهم ورعايتهم للمصلحة ، وللقاضي ثانياً لرعايته للمصلحة دون نظر لعنصر الشفقة .

ولذلك لم تجعل للأجانب لانعدام الأمرين عندهم غالباً .

ولما كان عنصرا الشفقة والحرص على المصلحة يختلفان من ولي لآخر حسب درجة قرابته من المولى عليه اختلفت أحكام التزويج تبعاً لاختلاف الولي الذي تولاه . فقد يكون لازماً وقد يكون غير لازم ، كما يكون غير صحيح أحياناً ، لهذا قسم الفقهاء الأولياء من الأقارب إلى قسمين :

الأول : الأب والجد والأب . وإن شئت قلت الأصول والفروع .

والثاني : من عداهم من فروع الأئوين وفروع الأجداد .

فان كان الولي من النوع الأول ولم يعرف بسوء الاختيار قبل العقد انمقد عقده صحيحاً نافذاً لازماً ، فلا يكون للقاصر خيار فيه بعد بلوغه أو إفاقته

حقى ولو كان التزويج بغير الكفء أو بأقل من مهر المثل بالنسبة للأنتى ، أو بأكثر من مهر المثل بالنسبة للمجنون والصغير عند أبي حنيفة ، لأن هذا الولي لو فور شفقتة وحسن اختياره وحرصه على مصلحة المولى عليه لا بد أن يكون تغاضى عن الكفاءة والمهر المناسب لمصلحة خفية تفوق ذلك . كاختيار من يحسن العشرة ولا ينتظر منه أذى ، أو من لا يشح بالإنفاق على الزوجة مثلاً .

وشرط الصاحبان للزوم العقد أن يكون بالكفء والمهر المناسب ، محافظة على المصلحة الظاهرة ، فإن كان التزويج بغير الكفء أو بغير فاحش ، لا يكون لازماً لأنه لا مصلحة في هذا العقد .

وإن كان هذا الولي معروفاً قبل العقد بسوء الاختيار<sup>(١)</sup> ، فإن زوج بالكفء والمهر المناسب لزم العقد اتفاقاً ، وإن كان بغيرهما لم يصح العقد اتفاقاً ، وقيل إن رأى الإمام إنه صحيح غير لازم .

ومذهب الجعفرية في هذه الحالة . أن العقد موقوف على إجازة المولى عليه بعد تحقق أهليته سواء أكان بالكفء ومهر المثل أو بغيرها .

وإن كان الولي المزوج من النوع الثاني ، فإن كان بالكفء والمهر المناسب صح العقد ونفذ ، ولا يكون لازماً على الراجح من المذهب فيثبت للمولى عليه الخيار عند زوال سبب الولاية . يدل لذلك أن النبي ﷺ لما زوج أمامة بنت عمه حمزة وهي صغيرة قال : « لها الولاية إذا بلغت » ، ولأن هذا النوع من الأولياء ليس كالنوع الأول في وفور شفقتة وشدة حرصه على مصلحة المولى عليه ، فلا بد أن تبقى الفرصة للصغير ليتدارك بها ما قد يكون لحقه من ضرر خفي بتزويج أخيه أو أخته أو القاضي ، وقال أبو يوسف : العقد لازم لظهور المصلحة وهو مخالف

(١) سوء الاختيار : أن يكون فاسقاً أو مستهزئاً مانحاً لا يبالي بما يصنع وما يقال له ، أو يكون عليها طامعاً . كما يقول ابن عابدين في رد المختار .

للحديث، وإن كان الزواج بغيرهما لم يصح اتفاقاً لتحقيق الضرر مع قلة الشفقة، والحرص على مصلحة المولى عليه، والجمعوية يرون أن عقد غير الأب والجد موقوف مطلقاً على الإجازة. إجازة الأب أو الجد إن كان موجوداً، أو إجازة المولى عليه بعد تحقق أهليته إن لم يكن أحدهما موجوداً لعدم الولاية لهؤلاء.

### وقت الخيار :

وإذا ثبت الخيار على مذهب الحنفية . يكون عند كمال الأهلية بالبلوغ أو الإفاقة مع العلم بهذا الزواج فإن رضي به لزم ، وإن لم يرض به ثبت له حق فسخه، ويتحقق الرضا من التيب بالقول أو الفعل ، ومن البكر بهما وبالسكوت أيضاً ، وعليه إذا اختار الفسخ أن يشهد وقت علمه بعد البلوغ أو الإفاقة على أنه لا يريد هذا الزواج فإن تأخر لا يقبل منه ذلك، والفسخ لا يكون إلا بقضاء القاضي بعد أن يرفع دعوى يطلب الفسخ . بناء على أن الذي زوجه غير أصله وفرعه ، وأنه لم يرض بهذا الزواج ، وما دام القاضي لم يفسخ ، فالزواج قائم بآثاره حتى لو مات أحدهما يرثه الآخر .

## الفصل الثاني

### في الكفاءة في الزواج

وفيه مبحثان وخاتمة

المبحث الأول في تعريفها والأمور التي تعتبر فيها :

ظهر لنا مما سبق أن الكفاءة في عقد الزواج قد تكون شرطاً لصحته في بعض الحالات ، وقد تكون شرطاً للزومه في حالات أخرى ، فإما هي هذه الكفاءة وبأي شيء تتحقق ، وفي أي جوانب تعتبر ، وما هو الوقت الذي تعتبر فيه ؟ وأخيراً هل في اعتبار الكفاءة منافاة لمبدأ المساواة المقرر بين الناس في الإسلام ؟

الكفاءة في اللغة : المساواة والمماثلة مطلقاً . يقال : فلان كفء لفلان أي مساو له ومماثلة .

وفي اصطلاح الفقهاء أي المطابقة في الزواج : يراد بها مساواة خاصة . وهي المساواة أو المقاربة بين الزوجين في أمور مخصوصة بحيث لو اختلفت كانت الحياة الزوجية غير مستقرة لما يلحق الزوجة وأولياءها من التميز والأذى ، ولقد

اختلف منه «مسلمين في جعلها شرطاً في الزواج» كما أن الشارطين لها اختلفوا فيما تعتبر فيه الكفاءة» والسبب في ذلك أن القرآن لم يعرض لهذا الأمر، بل جاء فيه «إن أكرمكم عند الله أتقاكم» والسنة جاءت موافقة له في قول رسول الله ﷺ: «ليس لمرءي فضل على أعجمي إلا بالتقوى» .

فالقرآن والسنة متفقان على أنه لا فضل لأحد على غيره إلا بالدين والخلق ، غير أن رسول الله ﷺ يقول في شأن الزواج : « إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه إلا تقملوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير » ، وعلى هذا الأصل أمر رسول الله ﷺ بني يثاعة أن يزوجوا أبا هند وكان حجاباً ، كما أمر قوماً من الأنصار أن يزوجوا بلالاً الحبشي عند امتناعهم عن تزويجه ، وزوج أبو حذيفة بنت أخيه الوليد بن عتبة من سالم الذي تبناه وهو مولى امرأة من الأنصار كما رواه البخاري وأبو داود وغيرهما ومن ذلك ترى أن الأساس في الكفاءة الزوجية على عهد رسول الله ﷺ هو الدين والخلق ، وعلى هذا القدر اقتصر بعض فقهاء الصعابة والتابعين .

وهنا يبرز السؤال الآتي : هل تقتصر في اعتبار الكفاءة على هذا القدر أو يصح أن نعتبر فيها أموراً أخرى ؟

وللجواب عن هذا السؤال ينبغي أولاً أن نبين . هل الكفاءة في الزواج حق للشارع بحيث لا تسقط ولو تجاوز عنها الزوجة وأولياؤها فتقف عند هذا القدر ؟ .

أو هي حق للزوجة وأولياتها فلو تجاوزوا عنها ورضوا بغير الكفء كان الزواج صحيحاً فنعتبر أموراً أخرى مما يعتبره الناس محققاً للتقارب بين الزوجين ؟ .

جمهور الفقهاء برون أنها حق للزوجة وأوليائها<sup>(١)</sup> . لم يخالف في ذلك - فيما نعلم - إلا الإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه ، فقد جعلها حقاً للشارع فلا تسقط بإسقاط المرأة ووليها .

وفي الرواية الأخرى يوافق الجمهور ويعملها حقاً للزوجة والأولياء من المصبات لأنهم يتعيرون عند الزواج بدونها .

وإذا أضفنا إلى ذلك أن الناس على عهد رسول الله ﷺ ، ما كانوا يتفاخرون إلا بالسبق في الإسلام ومنزلة الرجل فيه ، ولم يكن المال عندهم إلا وسيلة للحياة . فلم يكن بينهم تعبر بفقر ولا فخر بغنى ، ومثل ذلك يقال في الحرف ، وما كان الواحد منهم يأنف من أن يزوج ابنته لفقير أو صاحب حرفة بسيطة ، ما دام دينه سليماً وخلقه مريضاً .

وإن الزواج كما عرفناه عقد الحياة ، يربط بين الأسر ويعمل الزوج كفره من أفراد أسرة زوجته ، والناس في كل عصر تختلف عاداتهم فيما يتعيرون منه .

وأن اشترائط الكفاءة فيه لم يكن إلا وسيلة لدعمه واستقراره ليؤتي ثمرته المرجوة منه .

إذا عرفنا ذلك أمكننا أن نقول جواباً عن السؤال السابق : إنه لا مانع شرعاً من اعتبار أمور أخرى في الكفاءة ما دامت لا تخرج عن نطاق الشريعة وأن هذه الأمور تختلف من عصر لآخر ومن بيئة لأخرى ، ومن هنا جاء اختلاف الأئمة في الأمور التي تعتبر فيها الكفاءة .

---

(١) يقول الإمام الشافعي في الأم ج ٥ ص ١٥ : « ليس نكاح غير الأكفاء حراماً ، فأرد به النكاح وإنما هو تقصير للمرأة والأولياء ، فإذا وضوا صح ويكفون حقاً لهم مكره . فلو وضوا إلا واحداً فله فسخه » .

فالإمام مالك في ظاهر مذهبه يعتبرها في الدين أي التدين . بأن يكون الزوج ذا دين ، أي غير فاسق مع السلامة من الميوب الجسمية التي لا يمكن الحياة معها إلا بضرر ، وجعلوا الأول حقاً للزوجة والأولياء ، والثاني حقاً لها خاصة وفي قول آخر زادوا الحرية <sup>(١)</sup> . فالمد على هذا القول ليس كافئاً للحررة . بخلاف الأول .

والأمام الشافعي يعتبرها في أمور خمسة : الدين والنسب والحرفة والحرية ، والخلو من الميوب المثبتة للخيار . كالجنون والجذام والبرص ، وقد زاد بعض أصحابه أمراً سادساً وهو المال ، والأصح عدم اعتباره ، لأن المال غاد ورائع ولا يفتخر به أهل المروءات .

والروايات مختلفة عن الإمام أحمد . ففي بعضها تعتبر في التدين فقط . وفي أخرى تعتبر في التدين والنسب ، وفي ثالثة في الدين والنسب والحرفة .

والحنفية اعتبروها في أمور ستة . وهي النسب والإسلام والحرية والحرفة ، والمال والديانة على خلاف بينهم في بعضها .

والجعفرية اختلفت آراؤهم . فبعضهم من يعتبرها في الإسلام فقط ، ومنهم من يضم إليه القدرة على الفقة ، بل منهم من يزيد النسب والحرفة <sup>(١)</sup> .

يقول صاحب الجواهر : المدار على الإسلام في النكاح ، وأن جميع فرقته التي

---

(١) واستظهر بعض المتأخرين منهم التفصيل بين العبد من الجنس الأبيض ، والذي من الجنس الأسود . فجعلوا الأول كافئاً لأن الرغبة فيه أكثر من الأحرار . والثاني ليس كافئاً لأن النفوس تنفر منه ويقع به الدم للزوجة . راجع حاشية النسوق ج ٢ ص ٢٤٩ . وهذا كما ترى تفرقة حاضرة بسبب اللون .

(١) راجع مسائل الخلاف للطوسي ج ٢ . والأحكام الجعفرية ص ١٦ وقلة الإمام جعفر . . . ج



لم يثبت لها النصب والنالو أو نحو ذلك ملة واحدة يشتركون في التنكح بينهم والتوارث وغيرها من الأحكام والحدود .

ثم نقل عن جماعة من فقهاءهم اشتراط كون الزوج قادراً على النفقة ، وبين أن أكثر الفقهاء على خلافه .

هذا ولما كان مذهب الحنفية هو المعمول به في مصر ولبنان بالنسبة للمسلمين السنيين ، حيث يتفق قانون حقوق العائلة معه في الجملة كما صرحت المادة - ٥٥ (١) رأينا تفصيلاً هنا .

١ - النسب : وهو انتفاء الشخص إلى أصل معلوم . فإذا كانت الزوجة لها نسب متصل بأصل معلوم لا يكون كفتاً لها إلا رجل له نسب مثل نسبها . هذا القدر متفق عليه بين أئمة الحنفية إذا كان الزوجان من العرب ، وعلموا ذلك بأنهم هم الذين حفظوا أنسابهم وجعلوها موضع الفخر والذم فيهم ، غير أنهم لم يجعلوا العرب كلهم في درجة واحدة ، بل جعلوا قريشاً أعلاها نسباً ، فالقرشي كفاء للقرشي ~~غير القرشي~~ العرب ، وغير القرشي كفاء للعربية غير القرشية .

ومن هنا لا يكون للنسب اعتبار في الكفاءة بين غير العرب (٢) ، ولا يكون غير العربي كفتاً للعربية .

لكن روى عن أبي يوسف أن غير العربي إذا اشتهر بفضل العلم حتى صار

---

(١) ونصها : « يشترط في لزوم التنكاح أن يكون الرجل كفتاً للمرأة في المال والحرفة وأمثال ذلك والكفاءة في المال . أن يكون الزوج مقتدراً على إعطاء المهر المجل وعلى القيام بنفقة الزوجة ، والكفاءة في الحرفة أن تكون تجارة الزوج أو خدمته التي سلكها مقاربة في الشرف لتجارة ولي الزوجة أو خدمته » .

(٢) المراد من العرب هنا ، كل من انتسب إلى قبيلة عربية ، لا من يتكلم اللغة العربية . والمجم هم الذين لا ينتسبون إلى قبائل العرب ، وإن كانوا يتكلمون اللغة العربية .

مرفوع المكانة عند الناس كان كفتاً للعربية القرشية ، بل للهاشمية لأن شرف العلم فوق شرف النسب .

كما روى عن الإمام الشافعي : أن الكفاءة في النسب معتبرة عند المعجم فيها بينهم قياساً على اعتباره عند العرب ، لأن العلة التي من أجلها اعتبر النسب في الكفاءة عند العرب هي حفظهم أنسابهم وتقاعدهم بها ، فإذا وجد شيء من ذلك عند غيرهم اعتبر كذلك ، وعلى هذا الرأي جرى أكثر أصحابه من بعده

هذا ما قرره فقهاء الحنفية هنا . ونحن نرى أن اعتبار النسب بهذه الصورة لا يتفق ومبادئ الإسلام الذي جاء ليقتضي على المصيبة والتفاخر بالأباء والأجداد ويرفع الفوارق التي وضعا الناس .

فهل قرر الإسلام أن العرب باعتبار نسبهم أفضل من غير العرب ، أو أن قريشاً أفضل من العرب على الإطلاق ؟

وهل يتفق ذلك مع قول رسول الله ﷺ في خطبة الوداع : « الحمد لله الذي أنعمب عنكم نخوة الجاهلية وتفاخرها بأبائها ، أيها الناس إنما الناس رجلان . مؤمن تقي كريم على الله ، وفاجر شقي فذنب على الله ، ليس لعربي على عجمي فضل إلا بالتقوى كلكم لأدم وآدم من تراب » .

الذي يلقي فيه الرسول التفاخر بالأنساب ، ويحكم عليه بأنه عمل جاهلي ؟ .

وهل يتفق ذلك مع قوله : « يا بني هاشم لا يأتيني الناس بالأعمال وتأتوني بالأنساب » ! .

وهل يتفق ما وقع في عهد رسول الله ، من وقائع تزوج فيها غير العربي بالعربية ، وغير القرشي بالقرشية مع ما استند إليه فقهاء الحنفية من حديث يروي في هذا الموضوع يقول : « قريش بعضهم أكفأ لبعض ، بطن بطن .

والعرب أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ، والموالي بعضهم أكفاء لبعض ٢

الحق أن هذا الحديث غير صحيح كما يقول نقاد الحديث ، بل إن ابن عبد البر قال عنه : « هذا حديث منكرو موضوع » (١) .

٢ - الإسلام : وليس معناه كون الزوج مسلماً ، لأن ذلك شرط لصحة الزواج ، بل معناه أن يكون أصول الزوج مسلمين ، ويكفي في تحقق هذا إسلام أبيه وجده ، لأن تعريف الشخص تعريفاً كاملاً يكفي فيه ذكر أبيه وجده ، وعلى هذا يكون الزوج المسلم الذي له أبوان في الإسلام ، يكون كفناً للزوجة المسلمة التي لها آباء من المسلمين .

والزوج الذي يكون له أب مسلم وليس له جد مسلم ، لا يكون كفناً للزوجة لها آباء أو أبوين من المسلمين .

وخالف أبو يوسف في ذلك فقال : يكون كفناً ، لأن الكفاءة في الإسلام يكفي فيها إسلام الزوج وأبيه ، بناء على أن تعريف الشخص عنده يكفي فيه ذكر الأب فقط .

والزوج الذي ليس له أب مسلم لا يكون كفناً للزوجة لها أب أو آباء من المسلمين بالاتفاق ، ثم قالوا : إن اعتبار الكفاءة في الإسلام على هذا الوجه إنما هو في حق غير العرب ، لأنه جرى عرفهم بتفاجرهم بالإسلام ، كما تفاجر العرب بالأنساب ، وأما في حق العرب فلا يشترط ذلك ، بل إن العربي بمجرد إسلامه يكون كفناً لمن كان لها آباء في الإسلام ، وهذا إذا تزوج بعربية مسلمة ، أما إذا تزوج بغير عربية فالظاهر أنه لا يكون كفناً لها . إذا جرى عرف أهل الزوجة بأنهم يتعربون بذلك .

---

(١) راجع نصب الرأية في تخریج أسانید الهدایة ، وثیل الأوطار ج ٦ ص ١١

٣ - الحرية : والتفصيل فيها كالتفصيل في الإسلام من أنها معتبرة عند غير العرب . فغير الحر لا يكون كفئا للحره ، والمعتق ليس كفئا لمن لها أب حر ، ومن له أب حر ليس كفئا لمن لها أبوان حران ، ومن له أبوان حران كفء لمن لها آباء من الأحرار .

وقال أبو يوسف يكفي في تحقق الكفاءة أن يكون أب واحد حر فيكون كفئا لمن لها أبوان أو أكثر من الأحرار ، ومن له أب حر كفء لمن لها أب فقط في الحرية .

وبروي عن أبي يوسف أنه من أعتق وحاز فضل العلم يكون كفئا للمرأة التي لها آباء أحرار .

وإنما كانت الحرية شرطا في تحقق الكفاءة ، لأن الرق يجلب المار كما يجلب وضاعة النسب ، وأنت ترى معي أن اشتراط الحرية على هذا الوجه ليس له موضع الآن ، لانتهاء الرق من زمن بعيد .

ومن كان أصله عتقا أيام وجود الرق أصبح الآن له آية من الأحرار لطول الزمن ، فلا توجد منه صور تمنع الكفاءة الآن .

٤ - الحرفة : وهي العمل الذي يزاوله الإنسان ليكسب منه رزقه ، من صناعة وتجارة و زراعة ووظيفة ، ومعنى اعتبار الحرفة في الكفاءة ، أن تكون حرفة الزوج أو أهله مقاربة لحرفة ولي الزوجة ، وليس ب لازم أن يكونا متعدين ، فإذا كانت لا تقاربا بأن كانت أقل منها لا يكون كفئا لها ، لأن الزوجة وأهلها يتعبدون بذلك ، والمرجع في ذلك إلى العرف ، وهو مختلف باختلاف الزمان والمكان .

فإذا كان العرف يعتبر هذه الحرفة دنيئة انتفت الكفاءة ، والكفاءة معتبرة في كل الناس عربا كانوا أو غير عرب .

واعتبار الحرفة في الكفاءة رأي أبي يوسف ومحمد . وهو الراجح المفق به في المذهب ، لأن الناس يتفاخرون بشرف الحرفة ويتمتعون بعقارتها . ألا ترى أن صاحب الحرفة الوضيعة إذا تحول عنها إلى غيرها أشرف منها ، تبقى آثار الأولى لازمة له وعارها لا يفارقه .

وذهب أبو حنيفة ومعه أبو يوسف في رواية إلى عدم اعتبارها إلا أن تكون متناهية في الحقايرة كالديباغ والحجام في عصرهم ، لأن الحرف أوصاف غير لازمة ، فقد يتحول عنها إلى غيرها أشرف منها ، والأيام دول لا تسير على حالة واحدة .

هـ - المال : والكفاءة في المسال معتبرة عند سائر الناس لافرق بين عرب وغيرهم .

وقد اتفق أئمة المذهب على أن الكفاءة في المال معتبرة ، ولكنهم اختلفوا فيما تتحقق به الكفاءة المالية . فأبو يوسف يرى أن معناها أن يكون الزوج قادراً على إيفاء الزوجة عاجل صداقها ، وعلى الأنفاق عليها مدة شهر إن لم يكن صاحب حرفة يكتسب منها كل يوم ما يكفي للأنفاق .

ويعتبر الزوج قادراً على ذلك بنفسه ، أو بقدرة أبيه أو جده أو من جرت العادة بأنهم يدفعون لهم مهورهم ويقومون بالأنفاق عليهم ، لأن المقصود حصول الدفع والأنفاق من جهة الزوج ، فإذا تحقق هذا كان الزوج كفئاً لمن فاقته في الشراء والفنى <sup>(١)</sup> .

وأبو حنيفة ومحمد يشترطان في تحقق الكفاءة المالية القدرة على المهر والنفقة والمقاربة في الشراء مع أهل الزوجة لأنهم يتمتعون بتزويج من هم أقل منهم ثراء في عرف الناس .

---

(١) رد المحتار لابن عابدين ج ٢ ص ٤٢٤ .

والرأي الأول هو المتمد في المذهب ، لأن الكفاية : في الأمور اللازمة التي لا تزول ، والغنى غايه ورائع فكمن فقير أصبح من أصحاب الأموال ، وكمن غني أصبح فقيراً معدماً ، ولأن تنفيذ عقد الزواج لا يتوقف على كثرة المال ما دام قادراً على المهر والتفقة .

٦ - الديانة : والمراد بها هنا مساواة الزوج للزوجة في الصلاح والتقوى ، فالفاسق ليس كفتا للصالحة سواء كان أبوها صالحاً أو فاسقاً ، بل هو كفء للفاسقة وإن كان أبوها صالحاً ، لأن الأب لا يلحقه تمييز من هذا الزواج ، لأن تمييزه بابتنة الفاسقة أشد من تمييزه بزواجها الفاسق .

وإذا كانت الزوجة صالحة وأبوها فاسق ورضيت بزواج الفاسق صح زواجها وليس لأبيها حق الاعتراض ، لأن الكفاءة حقها هنا وقد أسقطته .

وأئمة المذهب الحنفي مختلفون في اعتبار الديانة بهذا المعنى في الكفاءة على رأيين . رأي يشترطها وينسب إلى أبي حنيفة وأبي يوسف ، ورأي لا يشترطها وينسب لمحمد بن الحسن ، لأن الفسق والصلاح من أمور الآخرة فلا تبني عليه أحكام الدنيا ، إلا إذا كان الرجل مجاهرأً بفسقه حتى يصير سخرية الناس . كالذي يسكر ويمرئد في الطرقات ، والذي يجاهر بمعاصيه كلب القمار وترك الفرائض ، أما إذا كان مستوراً فهو كفء للمرأة الصالحة المستقيمة .

والراجح اعتبار ذلك . لأن الصلاح من أعلى المفاخر ، والأتقياء الصالحون يصيرون بمصاهرة الفساق المستهترين ، وأنت المرأة الصالحة تميز بفسق زوجها أكثر مما تميز بضمة نسه ، ويرشد لذلك قول رسول الله ﷺ : « إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه » . تلك هي الأمور التي اعتبرها الحنفية في تحقق الكفاءة ، ومنها ترى أنهم تشددوا فيها أكثر من غيرهم ، وهو الذي يتفق ومذهبهم من أنهم أطلقوا للمرأة البالغة العاقلة الحرة في تزويج نفسها

ووسعوا دائرة الأولياء حتى يمكن تلافي الخطر. الناتج عن تزويج المرأة نفسها ،  
وتزويج الأولياء في بعض الحالات .

وإذا عرفنا أن النصوص لم تشترط كل هذه الأمور ، بل منها ما يتعارض  
معها ، وإنما شرطها الفقهاء بناء على ما تعارفه الناس في زمنهم ، وأن الأساس  
في اشتراطها هو دفع العار عن الزوجة وأوليائها ، فينبغي ألا يقف الأمر عند  
ما شرطوه بناء على عرفهم ، بل ينور مع ما يجد من العرف من أمور يصح  
اعتبار الكفاءة فيها ، كالتقارب في السن أو الثقافة ، لأن الفارق الكبير فيها  
يجعل الحياة الزوجية غير مستقرة .

### المبحث الثاني

في أي الجانبين تشترط فيه الكفاءة ؟ وسأحب الحق فيها :

تشترط الكفاءة في جانب الرجل فقط لأمر .

أولاً : أن المرأة هي التي تعبر بزواج غير الكفاء ، كما أن أهلها يعمرون  
بذلك ، أما الرجل فلا يلحقه هو ولا أمرته مرة بزواج امرأة لا تساويه في  
المنزلة ، ولو فرض وتميرها استطاع أن يتخلص منها بالطلاق .

ثانياً : أن الرجل له القوامة على المرأة ، فسلطة التوجيه له لها ، فلا يد من  
مساواته لها على الأقل حتى تتقبل منه التوجيه ، لأنه لو كان أقل منها منزلة فقد  
تستعين به وتأنف من تنفيذ ما يطلبه منها .

ثالثاً : أن الرجل إذا كان صاحب منزلة بين الناس رفع امرأته معها كانت  
درجتها ، عكس المرأة فإنها معها علت درجتها فلن ترفع ما في زوجها من خسة  
ووضاعة .

### ولا تشترط الكفاءة في جانب المرأة إلا في صورتين :

الأولى : إذا تزوج فاقد الأهلية أو ناقصها غير أصله وفرعه أو واحد منها ، وكان معروفاً بسوء الاختيار فإنه يشترط لصحة هذا الزواج كون الزوجة مكافئة له ، لأن الولي في هذه الحالة لا يملك من التصرف إلا ما فيه صالح المولى عليه ، والزواج بغير المكافئة لا مصلحة فيه .

الثانية : إذا وكل كامل الأهلية رجلاً وكالة مطلقة في أن يزوجه فزوجته . فإنه يشترط لتنفيذ هذا العقد أن يكون الزواج بامرأة تكافئه عند الصاحبين . وهو الرأي المتق به في المذهب الحنفي ، لأن الكفاءة في هذا الزواج ملاحظة عند التوكيل ، ولو لم يصرح بها ، لأن الموكل لو كان يقصد الزواج بأي امرأة لما لجأ للتوكيل .

وأنت إذا أمنت النظر في هاتين الصورتين وجدت أن الكفاءة لم تشترط فيها من جهة أن مساواة المرأة للرجل شرط لصحة الزواج . بل من جهة أن المزوج وهو الولي في الصورة الأولى ، والوكيل في الصورة الثانية ملقح بالتزويج بمن تكافئه ، وليس له سلطان في التزويج بغير الكفاءة .

### وقت اعتبار الكفاءة :

تعتبر الكفاءة وقت إنشاء العقد فهي شرط في ابتدائه ولا تشترط لبقائه . وعلى ذلك لو تزوج رجل امرأة وكان كفتاً لها ثم زالت كفاءته . بأن كان غنياً وافتر ، أو كان صالحاً ثم انحرف وأصبح فاسقاً ، أو كان صاحب حرفة شريفة فاحترف غيرها أقل منها فالزواج باق لا يفسخ لزوال الكفاءة .

لأننا لو شرطناها في البقاء تهدمت الأسر ولما استقر عقد من عقود الزواج ، لتقلب الأحوال كما هي سنة الحياة ، ولأن المرأة في هذه الحالة لا يلحقها عار



بقائهما مع من زالت كفائته، بل قد تكون محمودة مشكورة على صبرها ورضاها  
بقضاء الله ، وفي عرف الناس يعد بقاؤها ورضاها وفاءً ، ونفورها وعدم رضاها  
غير ذلك .

وقانون حقوق العائلة يصرح بذلك في المادة - ٤٦ - ونصها :

« تعتبر الكفاءة في ابتداء العقد فإذا زالت بعد العقد لا تؤثر عليه » .

من له حق الكفاءة :

يرى الجمعية أن الكفاءة حق للزوجة وحدها ، فإن أسقطته سقط وليس  
للولي الاعتراض على زواجها من غير كفاءه .

وعند جمهور الفقهاء هي حق للزوجة وأوليائها ثابت لكل منهما على حدة  
لا يسقط إلا بإسقاطه ، فلو أسقطه أحدهما بقي حق الآخر ، لكنه ثابت للولي  
في جميع الصور من غير استثناء ، وللزوجة إلا في صورة واحدة ، وهي ما إذا  
كانت فاقدة الأهلية وزوجها بغير الكفاءة ولي من أصولها أو فروعها غير معروف  
بسوء الاختيار فإن العقد صحيح لازم عند أبي حنيفة .

ويتفرع على ذلك الفروع الآتية :

١ - إذا زوجت البالغة العاققة نفسها بدون إذن وليها من غير كفاءه ، فإن  
هذا العقد موقوف على إجازة الولي على إحدى الروايتين عند أبي حنيفة ، وفاسد  
على الرواية الملق بها . كما سبق بيانه .

٢ - إذا زوج الولي البالغة العاققة بغير كفاءه بدون رضاها توقف ذلك على  
إحازتها ، لأن حقها في الكفاءة ثابت لا يسقط إلا بإسقاطها .

٣ - إذا زوجت نفسها بمن لا تعرف حاله ، ولم تشارك الكفاءة عند العقد.  
ثم ظهر أنه غير كفاء سقط حقها بتقصيرها في البحث عنه وعدم الاشتراط  
أوبقي حق الولي فيتوقف على إجازته .

٤ - إذا زوجها الولي من رجل لا تعرف كفايته برضاها ولم تشتط هي ولا وليها الكفاءة ثم ظهر أنه غير كفء لزم العقد وسقط حقهم بتقصيرهم في البحث وعدم الاشتراط في العقد .

وعلى هذا لو شرطت هي أو وليها الكفاءة في الصورة السابقة ثم تبين أنه غير كفء كان الحق ثابتاً للشارط دون غيره .

٥ - إذا غرر الزوج عند العقد في الكفاءة بأن ادعى ما يثبت كفايته ثم تبين أنه غير كفء كان الحق لها ولأوليائها سواء كانت هي التي باشرت العقد أو باشره وليها برضاها .

٦ - إذا غرر الزوج في النسب بأن نسب نفسه إلى عائلة أعلى من عائلته ثم ظهر كذبه ، فإن لم يكن مكافئاً لها يثبت الحق لها ولوليها ، فإن رضيت به كان لوليها حق الاعتراض وبالعكس ، فإن رضيا سقط حقهما ولزم العقد ، وإن كان كفئاً لها سقط حق الأولياء لأن حقهم في الكفاءة فقط ولم يوجد تقرير فيها وبقي حقها في الفسخ لأنها قبلت زواجه على أساس نسب معين ولم يوجد فلا تجبر على إبقاء هذا العقد ، لأن المرأة قد ترضى بالزواج من هو أفضل منها ولا ترضى به ممن يئثلها ، ومن هنا يدخل الخل في رضاها الذي هو أساس صحة العقد .

وإذا كان التقرير من جانبها بأن انتسبت إلى غير أسرتها فتزوجها على ذلك ثم ظهر أنها من أسرة أخرى أقل مما انتسبت إليهما فلا خيار له ، لأنه لا يلحقه على زواج امرأة أقل منه ، وعلى فرض حصوله يمكنه التخليص منها بالطلاق .

ثم إن جق الكفاءة يثبت للولي العاصب القريب دون غيره من ذوي الأرحام والأم والقاضي ، فإن كذب لها ولي واحد ثبت الحق له ، وإن تعددوا كان الحق للأقرب .

وعلى ذلك إذا رضي القريب بغير الكفء لم يكن للبعيد حق الاعتراض ، وإن لم يرض القريب فلا يؤثر رضا من بعده .

وإن تمددوا وكلوا متساوين كالأخوة الأشقاء أو الأعمام الأشقاء مثلا فإن الحق يثبت لكل منهم فإن اتفقوا على الرضا بالمقد نفذ ، وإن رضي البعض بهذا المقد قبله أو عند إنشائه ولم يرض الآخرون .

فأبو حنيفة ومحمد يذهبان إلى أن رضا البعض مسقط لحق الباقيين ، لأن الولاية حق لا يتجزأ ، لأن سبب القرابة وهي لا تتجزأ فيثبت الحق لكل منهم . كاملا ، وعلى هذا يكون رضا البعض بمثابة رضا الجميع كما في ولاية الأمان فإنها تثبت لكل واحد من المسلمين ولو كان امرأة ، فإذا أعطى واحد منهم الأمان لشخص من الأعداء استجار به فنفذ على الجميع ، وكذلك العفو عن القصاص إذا عفا أحد الأولياء للمقتول عن القصاص سقط حق الباقيين في المطالبة به .

ودعّب أبو يوسف وزفر إلى أن رضا البعض غير مسقط لحق الباقيين ، لأنه حق مشترك فلا يسقط إلا بأسقاط الكل وذلك كالدين المشترك بين جماعة إذا تنازل بعضهم عن حقه يبقى حق الآخرين .

والراجح هو الرأي الأول . لأن الظاهر من رضا البعض أن المقد مسقط للزوجة مصالح حقوق الكفاءة وهو لا يرضى إلا بعد البحث والموازنة والفرض أنه ليس متهما ، على أن للزوجة ما دامت راضية بهذا الزواج وأبدعا بعض أوليائها يرضاه يترجح حقها في إبقاء العقد .

والقياس على الدين المشترك غير سليم ، لأن الدين حق مالي يترتب على التنازل عنه تمليك المدين ما عليه من المال ، ومثل هذا لا يصح من صاحبه بخلاف حق الكفاءة فإن الرضا به إسقاط له وليس فيه تمليك .

وعلى الرأي الراجح سار قانون حقوق العائلة في المادة - ٤٩ - ونصها :  
« رضا أحد الأولياء المتساوين في الدرجة يسقط حق اعتراض الآخرين ،  
وكذلك رضا الولي البعيد في الدرجة إذا كان الولي الأقرب غائبا يسقط  
حق اعتراضه . »

خاتمة في دفع شبهة تثار حولها :

وبعد فذلك هي الكفاءة في عقد الزواج وموقف الفقهاء فيها ما بين متشدد  
وغير متشدد . وقد عرفنا أنها حق للزوجة ولأولائها من المصبات إن تمسكوا  
بها لزمتم وإن أسقطوها سقطت ، وأنها إنما وجبت محافظة على الحياة الزوجية  
من أن يلحقها شيء يزلها أو يجعلها بغية لا تحقق الأغراض المطلوبة منها .

ولقد زعم بعض الزاعمين أن في اعتبار الكفاءة شرطاً في الزواج منافاة لما  
قرره الإسلام من مبدأ المساواة بين الناس ، لأنه يقسمهم إلى طوائف ويقم  
العواجز بينهم ويجعل منهم أكفاء وغير أكفاء ، وكان مقتضى المساواة المقررة  
أن يصح للرجل أن يتزوج بأي امرأة كانت .

وهذا زعم فاسد بنى على نظرة سطحية لمبادئ الإسلام أو نشأ عن دخيلة  
في نفس الزاعم ، لأن تقرير مبدأ التكافؤ في الإسلام لا يتعارض مع ذلك لا من  
قريب ولا من بعيد لأمرين .

الأول : أن الشارع الذي قرر المساواة قرر أن الناس متفاوتون في الدرجات  
والأرزاق . ففي القرآن الكريم آيات تدل على التفاوت . يقول سبحانه « والله  
فضل بعضكم على بعض في الرزق » ، النحل / ٧٦ ويقول : « وهو الذي جعلكم  
خلائف الأرض ورفع بعضكم فوق بعض درجات ليلوكن فيها آفاك » الأنعام / ١٦٥  
ويقول : « نحن قسمنا بينهم معيشتهم في الحياة الدنيا ورفعنا بعضكم فوق بعض  
درجات ليتخذ بعضهم بعضاً سخرياً » الزخرف / ٣٢ .

حتى أن ذلك التفصيل امتد إلى رسل الله يقول جيل شانه : « تلك الرسل  
فصلنا بعضهم على بعض منهم من كلم الله ورفع بعضهم درجات » البقرة / ٢٥٣ .

وفي السنة يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الناس معادن كعمادن  
الذهب والفضة » .

لأن الإسلام وهو دين الفطرة لا يمكن أن يهدر الاعتبار الشخصية السني  
تعارفها الناس ، ففي الآخر « أنزلوا الناس منازلهم » .

وعلى ذلك تكون النصوص الواردة في المساواة مراداً بها المساواة في الحقوق  
وواجبات ، أو جاءت للرد على من جعل من نسبة مفخرة له يحقر بها من سواه .  
اقرأ إن شئت قوله تعالى :

« يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا  
إن أكرمكم عند الله أتقاكم » فالآية صريحة في أن اختلاف الشعوب والقبائل  
لأجل أن يعرف كل واحد بانتسابه إلى قبيلته لا للتفاخر والتكبر ، ثم بينت الميزان  
الصحيح للتفاضل وهو التقوى « إن أكرمكم عند الله أتقاكم » :

ومن هنا يقول رسول الله للأقرين له : « يا بني هاشم لا تبعيني الناس بالأعمال  
وتجيبوني بالأنساب إن أكرمكم عند الله أتقاكم » .

والثاني : أن عقد الزواج كغيره من العقود . أساسه . الرضا . من الجانبين لكنه  
يتأثر بأنه عقد الصيانة كلها . يربط الأسر برباط المصاهرة وفيه استغراق الرجل  
للرأة الحرة وهو نوع من الرق ففي الحديث : « اتقوا الله في النساء فإنهن عوان  
هتكم » أي أسراء ، كما أن للرجل فيه حق القوامة التي تجعل منه الوجه للرأة  
وتجعل منها المصلحة المتفردة ، فهل يستقيم ذلك مع عدم تقاربها في الميزة في المجتمع  
الذي يعيش فيه ؟

وهل من المنطق السليم أن نقول للرأة التي عاشت في أسر ورعاه مع أهلها

تزوجي رجلاً معدماً فقيراً لا يملك من حطام الدنيا شيئاً غير البؤس والفاقة ؟  
أو نقول لامرأة فبنت في بيئة صالحة وتربت تربية كريمة . تزوجي رجلاً  
فاجراً لتربط نفسها بمجلة الفجور ؟

وهل من العدل والأنصاف أن نلزم رجلاً مهذباً له مكانته في المجتمع بعقد  
زواج ابنته من خسيس نتيجة طيشها أو تغري بها ؟ .

إن اشتراط الكفاءة في الزواج وجعلها حقاً للزوجة وأولياؤها يجعل الحياة  
الزوجية ثمر أطيب الثمرات في هدوء واستقرار ويدونها لا يستقر لها قرار .

فأصل اشتراطها لا غبار عليه كما أن اعتبار ما وردت به النصوص الصحيحة  
فيها من الدين والخلق لا يستطيع أحد إنكاره ، وإنما الكلام فيما وراء ذلك ،  
ولعله ينبع من أعراف الناس وعاداتهم في البيئات المختلفة للفقهاء ، والعرف له  
سلطانه في مثل ذلك لأنه هو الذي يكيف المار الذي يلحق الأولياء في كل  
عقد من عقود الزواج كما أشرنا إلى ذلك من قبل .

## الفصل الثالث

### في الوكالة في الزواج

الوكالة في اللغة تطلق على أحد ممتنين الحفظ أو الاعتماد والتفويض في الأمر.  
وفي اصطلاح الفقهاء : إقامه الشخص غيره مقام نفسه في تصرف يملكه شرعاً  
ما يقبل الأثابة .

فإذا كان الشخص لا يملك التصرف بنفسه إما لعدم أهليته للتصرف أو عدم  
ولايته عليه لا يضح له أن ينيب غيره فيه ، لأن فاقده الشيء لا يعطيه .

وعقد الزواج في ذاته من التصرفات التي تقبل الأثابة ، فإذا كان الشخص  
يملك عقده بنفسه في موضع جاز له أن يوكل غيره ليقوم بدله في إنشائه .

هذا قدر متفق عليه بين الفقهاء ، ولكنهم اختلفوا فيمن يملكه . أهو كامل  
الأهليه من الرجال والنساء أم يقتصر ذلك على الرجال فقط ؟

فالجمهور الذين يمنون المرأة من مباشرة عقد الزواج بنفسها يقولون : إنه  
لا يملك التوكيل في الزواج إلا الرجل سواء بالنسبة لنفسه أو لمن في ولايته .

والحنفية والجعفرية الذين يجوزون للمرأة مباشرة هذا العقد بنفسها يقررون

أنه يصح التوكيل فيه للرجل والمرأة على السواء ما دام كل منهما توفرت فيه أهلية إنشائه .

فيجوز للرجل أن يوكل غيره رجلاً كان أو امرأة في تزويج نفسه أو من في ولايته ، وكذلك يجوز للمرأة أن توكل غيرها رجلاً كان أو امرأة في تزويجها أو في تزويج من في ولايتها<sup>(١)</sup> .

لأن الأصل المقرر في الوكالة : أن كل شخص ملك تصرفاً بنفسه جاز له أن يوكل فيه غيره ، فلا يشترط في الوكيل إلا أن يكون أهلاً للتصرف سواء كان ذكراً أو أنثى ، كما لا يشترط في الموكل إلا أن يكون مالكاً لهذا التصرف .

ولا يشترط في التوكيل أن يكون مكتوباً بل يجوز مشافهة أو كتابة ، ولا تتوقف صحته في الزواج على الأشهاد عليه ، بل يجوز بدون شهود ، لأنه ليس جزءاً من عقد الزواج المشروط فيه الأشهاد وإن كان الأشهاد عليه مستحسناً حتى لا يكون عرضة للأنكار أو يحصل نزاع في صفة العاقد .

والتوكيل بالزواج قد يكون مقيداً كأن يقول الرجل لآخر : وكلتك في تزويجي بفلانة لأجرة أو بعينها أو يوكله في تزويجه من أسرة معينة أو بمر معين ، أو تقول المرأة لرجل : وكلتك في تزويجي من فلان أو بمر معين أو من شاكلك ذلك .

وقد يكون مطلقاً كأن يقول : وكلتك في أن تزوجني دون أن يمين له

---

(١) يلاحظ أن الشطر الأخير من مطلب الحنفية بناء على أن المرأة لها ولاية في الزواج سبق بيانه ، أما الجعفرية فيقصرون توكيلها على تزويج نفسها لأنها لا ولاية لها في الزواج على غيرها .



امرأة أو مهرًا ، أو تقول لرجل : وكلتك في أن تزوجني دون أن تزيد على ذلك شيئًا .

ومن هنا تنوعت الوكالة إلى نوعين مقيدة ومطلقة .

أما الوكالة المقيدة : فأما أن تكون من جانب الرجل أو من جانب المرأة . فإن كانت من جانب الرجل ولم يخالف الوكيل مقتضى الوكالة فزوجه بالمرأه التي عينها وبالمهر الذي حددته العقد ولزم الموكل ، لأنه ملك الوكيل تصرفا معينًا فأتى به حسب رحمه له .

وإن خالف فزوجه بامرأة غير التي عينها أو من أسرة أخرى غير التي عينها أو بمهر أكثر مما حددته توقف العقد على إجازة الموكل . إن أجازة نفذ وإن لم يحزه بطل ، لأنه بمخالفته خرج عن مقتضى الوكالة فيكون فضوليا ، وعقد الفضولي عند الحنفية موقوف على إجازة صاحب الشأن .

وفي حالة تزويجه بأكثر من المهر يتوقف ولو تمهد الوكيل بدفع الزيادة ، لأن الموكل قد لا يرضى بهذا التمهيد لما فيه من المنه ، والأشخاص الحر لا يرضى ببنه غيره عليه وبخاصة في مهر زوجته .

أما إذا زوجه بأقل من المهر الذي عينه فإنه لا يتوقف العقد على إجازته لأن المخالفة هنا صورية حيث فيها خير للموكل ، لأن من يرضى بالتزوج بالكثير يرضى به بالقليل .

وإن كانت الوكالة من جانب المرأة بأن وكلت غيرها في تزويجها بشخص معين أو بمهر معين فزوجها بمن عينته وبما حددته من المهر فإن كان الزوج كفا والمهر مهر المثل نفذ العقد ولزم سواء كان لها ولي عاصب أو لا .

وإن كان الزوج غير كفه أو المهر أقل من مهر المثل ، فإن لم يكن لها ولي

عاصب نفذ الزواج ولزم دون توقف على شيء ، لأن الكفاءة والمهر المماثل حق وحدها وقد أسقطتها . والوكيل لم يخالف ما رسمته له .

وإن كان لها ولي عاصب لا يصح العقد في حالة عدم كفاءة الزوج ، لأنها لا تملك تزويج نفسها بغير الكفء على الرأي المقتضى في مذهب الحنفية ، وإذا كانت لا تملكه لا يملكه الوكيل ، وفي حالة نقصان المهر يلزم العقد في جانبها ولا يلزم وليها فله طلب تكميل المهر فإن لم يفعل الزوج كان له الحق في طلب فسخه كما سبق بيانه .

وإن خالف مقتضى الوكالة بأن زوجها من غير من عينته أو بأقل من المهر الذي حددته توقف العقد على إجازتها حتى ولو كان الزوج كفتاً ، لأنه مخرج عن مقتضى الوكالة . إذ المرأة أحياناً ترغب في الزواج بمن هو أعلى منها ولا ترضى بزواج من يساويها .

فإن رده بطل ، وإن أجازته لزم في حقها وحق الولي إن كان الزوج كفتاً والمهر مهر المثل ، وإن كان الزوج غير كفء بطل رغم إجازتها ، لأنها لا تملك ذلك كما قلنا ، وإن كان كفتاً والمهر أقل من مهر المثل لزم في جانبها دون جانب الولي . فله حق الاعتراض كما سبق .

وأما الوكالة المطلقة . وهي التي لم تقيد بزواج ولا بمهر معين . فإن كان الموكل الرجل فأبو حنيفة والجمهور لا يقيدون هذه الوكالة بشيء ، فإذا زوجه الوكيل بأي امرأة وبأي مهر لزمه العقد سواء كانت المرأة مكافئة له أولاً . سليمة أو مميبة بمهر المثل أو بأكثر منه لأن هذا هو مقتضى الإطلاق ، وليس في كلامه ما يفيد التقيد بشيء حتى يكون الوكيل مخالفاً .

وابو يوسف ومحمد يذهبان إلى أن العقد لا يلزمه إلا إذا كانت المرأة سليمة من العيوب مكافئة له وبمهر المثل أو يزيد قليلاً مما يتساهل فيه الناس ، فإن كان

بغير ذلك توقف على إجازته .

ووجه هذا الرأي أن الموكل لو كان يقصد الزواج بأي امرأة وبأي مهر لفعل ذلك بنفسه ولما لجأ إلى التوكيل ، فمدوله عن ذلك واستماتته بالوكيل الذي جعله موضع ثقته يدل على أنه لا يقصد الزواج بأي امرأة وإنما يقصد الزواج بأمرأة مختارة مكافئة سليمة من العيوب بالمهر الذي تعارفه الناس وهو مهر أمثاله وهو وإن لم يقيد توكيله صراحة إلا أن العرف يقيدهما ، والناس تعارفوا بالتزوج بالمرأة السليمة المكافئة وبمهر المثل ، ومن القواعد المقررة والمعروفة عرفاً كالشروط شرطاً .

وبهذا يترجح رأي الصاحين . وهو الذي يجري عليه العمل بمصر وكذلك في لبنان بالنسبة للمسلمين السنيين حيث لم يعرض قانون حقوق العائلة لهذه المسألة .

وإن كان التوكيل من جانب المرأة فقد يكون الموكل وليها ، وقد تكون هي نفسها إذا كانت بالغة عاقلة . ففي صورة توكيل الولي يملك الوكيل ما يملكه الولي من التزويج ، لأن الوكيل يستمد سلطانه من الموكل فإن ملك التزويج بغير الكفء ويأقل من مهر المثل نفذ تزويج الوكيل بهذا .

وإن كان الولي لا يملك إلا التزويج بالكفء وبمهر المثل تقيد الوكيل بذلك وقد سبق مفصلاً في بحث الولاية ، وفي صورة توكيلها فإن كان لها ولي عاصب تقيد تزويج الوكيل بالكفء بالاتفاق ، فإن زوجها بغير الكفء كان الزواج غير صحيح لأنها لو فعلت ذلك بنفسها كان زواجها غير صحيح على الرأي الحق به .

وإن لم يكن لها ولي عاصب وزوجها بغير الكفء كان الزواج موقوفاً على إجازتها بالاتفاق .

أما عند الصالحين فظاهر لأنها يقيدان الوكالة المطلقة من جانب الرجل بذلك عملاً بالمرف وهذه مثلها ، وأما أبو حنيفة فهو وإن لم يقيدها في جانب الرجل لكنه يقيدها هنا ، لأن الرجل لا يتميز إذا تزوج بمن لا تكافئه بخلاف المرأة فإنها تتميز بزواجها بغير الكفاءة .

وكذلك تنقيد وكالته بالتزويج يهر المثل عند الصالحين ، فلو زوجها بأقل منه مما لا يتسامح الناس فيه كان الزواج موقوفاً على إجازتها .

وأبو حنيفة يقول : إن كان لها ولي عاصب كان العقد غير لازم بالنسبة للولي فله حق الاعتراض حتى يكمل المهر أو يفسخ العقد ، وإن لم يكن لها ولي عاصب صح العقد ولزم لأن هذا مقتضى الإطلاق .

وبما ينبغي التنبيه عليه هنا : أنه ليس للوكيل في الوكالة المطلقة أن يزوج من نفسه ولا من هو في ولايته باتفاق الخفية ، لأن التوكيل يقتضى أن يكون طرف الزواج الآخر أجنبياً غير معلوم والوكيل ومن في ولايته معلومون ، فلو كانت الوكالة تقصد ذلك لصرحت به أو لزوجته بنفسها . من غير توكيل ، فإن فعل لا ينفذ العقد عليها بل يتوقف على إجازتها .

وليس له أن يزوجه من لا تقبل شهادتهم له وهم أصله كآبيه وجدته وقرعه كابنه وابن ابنه عند أبي حنيفة لوجود تهمة الحابأة ، وموضع التهمة مستثنى من عقد الوكالة المطلقة .

وقال أبو يوسف وعمد له ذلك وينفذ العقد إذا كان كفناً وبمهر المثل لا تتفاء التهمة في هذه الحالة فإن كان غير ذلك توقف العقد على إجازتها لوجود التهمة

والجعفرية يقولون : لو زوجها من أبيه أو من ابنه صح وقفه إذا لم تقيد الوكالة بالأحني منه فإن قيدتها بذلك لم يملك هذا التزويج .

ولو كان الموكل رجلاً فليس للوكيل أن يزوجه ابنته الصغيرة أو بصغيرة أخرى تحت ولايته كاخته وبنت أخيه ، لأنه يملك تزويج هؤلاء جبراً عنهم فيكون عاملاً لنفسه بالوكالة والوكيل يعمل لغيره لا لنفسه ، فيتوقف العقد على إجازة الموكل اتفاقاً .

أما إذا زوجه بنته الكبيرة لا ينفذ عند أبي حنيفة لوجود التهمة بسبب البنوة بل يتوقف على إجازته .

وينفذ عند صاحبين لأنه ليس عليها ولاية إجبارية فلا يستطيع أن يستبد بالعقد عليها فتكون كالأجنبي .

هل للوكيل بالتزواج أن يوكل غيره به ؟

جواز ذلك وعدمه يتوقف على صيغة التوكيل . فإذا أطلق له الموكل في توكيله بأن قال له : وكلتك في زواجي ، ولك أن توكل من تشاء ، أو قال : فوضت أمر زواجي إلى رأيك . ففي هذه الحالة يملك الوكيل توكيل غيره ، ويكون الوكيل الثاني وكيلاً عن الموكل الأصلي ، فإذا عزل الموكل الوكيل الأول قبل الزواج فإن الوكيل الثاني لا يتعزل بعزله ، لأن وكالته مستمدة من الموكل فيبقى على وكالته ما لم يعزله عنها ، أما إذا لم يطلق في وكالته فليس له أن يوكل غيره ، لأن ولاية الوكيل مستمدة من الموكل فالولاية له وحده دون غيره . حيث رضي الموكل رأيه هو دون سواه ، فإن فعل وتولى وكيل الوكيل العقد كان موقوفاً على إجازة الموكل الأصلي ، لأن متوليّه في هذه الحالة فضولي .

حكم الوكالة :

الوكيل في عقد الزواج سفير ومعبّر عن الموكل ولذلك لا بد من أن يضيف العقد إلى موكله فلا يرجع إليه شيء من حقوق العقد ولا يضمن شيئاً من ذلك إلا إذا تكفل به ، وحينئذ تكون الحقوق واجبة إليه باعتباره كفيلاً .

لا باعتباره وكيل .

ولس للوكيل عن الزوجة أن يقبض مهرها إلا إذا كان مأذوناً بذلك صراحة أو دلالة ، فلو سلم الزوج المهر إليه ولم يكن مأذوناً في قبضه ولم ترض الزوجة بهذا القبض لا تبرأ ذمة الزوج منه ولها المطالبة به .

أما إذا كان مأذوناً بذلك فإن ذمة الزوج تبرأ منه وليس لها حق المطالبة به بعد ذلك .

ومن الأذن بالقبض دلالة . أن يقبض الأب أو الجد مهر البكر الرشيدة وتسكت عن المطالبة به عند العقد فإن هذا السكوت يعتبر إذناً بالقبض فتبرأ ذمة الزوج به ، لأن العادة جرت بأن يقبض الآباء مهراً بناتهم الأبنكار والجد مثل الأب في ذلك .

أما إذا كانت ثيباً أو كان الوكيل غير الأب والجد فإن السكوت لا يعتبر رضا بل لا بد من الأذن الصريح ولا تبرأ ذمة الزوج بتسلم المهر للوكيل .

# الباب الخامس

## في أحكام عقد الزواج

### وفيه فصول

تمهيد : نريد بالحكم هنا <sup>(١)</sup> الآثار التي يرتبها الشارع على العقد بعد وجوده وهي كثيرة كحل الدخول بالزوجة ، وجوب المهر والنفقة والمدة بعد انتهائه ، وثبوت نسب الولد الناتج عنه وغير ذلك ، ويسمى الفقهاء بالحقوق الزوجية . وهذه الحقوق لا يرتبها الشارع كلها إلا على الزواج الصحيح النافذ ، فإذا كان العقد غير ذلك فقد لا يثبت شيء منها ، وقد يثبت بعضها لكن لا باعتبار أنه عقد شرعي بل باعتبار أنه أمر واقع يستتبع نزاعاً بين المتعاقدين ، أو كما يقول بعض الفقهاء : إن بعض الآثار من وجوب المهر والمدة وثبوت النسب ترتبت على الدخول بشبهة العقد ولم ترتب على العقد حيث لا وجود له في نظر الشارع .

ومن هنا قسم الفقهاء عقد الزواج إلى خمسة أقسام تبعاً لاستيفائه أو كونه وشروطه السابقة كلها أو بعضها أو عدم استيفائه لشيء منها وهي :

- ١ - الزواج الباطل - ٢ - الفاسد - ٣ - الصحيح الموقوف - ٤ - النافذ غير اللازم - ٥ - اللازم .

---

(١) الحكم عنه الفقهاء متباين آخران . أحدهما بمعنى صفته الشرعية من كونه فرساً أو منفرداً أو حرماً حسب أحوال الرجل والمرأة وهو بالنظر إلى طلب الشارع له أو طلب تركه وقد قدمناه . وثانيهما باعتبار اعتداد الشارع وترتيب آثاره عليه أو عدم اعتدائه به من كونه صحيحاً أو غيره صحيح باطل أو فاسد وهو مرتبط بالمعنى الذي نتكلم عليه هنا





# الفصل الأول

في أنواع الزواج غير اللازم

وفيه مباحث

## المبحث الأول

في الزواج الباطل<sup>(١)</sup>

وهو الذي اختل فيه أمر أساسي أوفقد شرطاً من شروط الانعقاد. كزواج

(١) جربنا في هذا التسمي على رأي فريق من فقهاء الحنفية الذين يفرقون بين باطل الزواج وفاسده وهو ما اختلفوا فيه سبق . وأما الذين لا يفرقون بينهما فقد حملوا الأقسام أربعة فقط . وهذا الخلاف نشأ من أن عقد الزواج وسط بين العبادات والمعاملات ففيه شبه من كل منها أو هو خليط منهما ، فمن لم يعرف بينهما غلب جانب العبادة فألفقه بالمعاملات التي يتعد فيها الباطل والفاسد . ومن فرق بينهما غلب الجانب الآخر فألفقه بالمعاملات التي يختلف فيها الباطل عن الفاسد . وقد اختلفوا رأي الفريقين بينهما لأن المتبجح لصور الزواج غير الصحيح يجدها في واقعها لتنوع إلى نوعين . نوع لا يقرب عليه أي اثر من آثار الزواج حتى ولو دخل الرجل بالمرأة فيه . ونوع يقرب عليه بعض الآثار إذا قُبِه الدخول .

وإذا كان الأمر كذلك فمن المستحسن التمييز بينهما في الاسم فتسمي الذي لا يقرب عليه أي اثر بالباطل . والذي يقرب عليه بعض الآثار بالفاسد وكل منهما وإن لحقه الخلط إلا أنه يمكن التمييز بينهما بأن ما أصابه الخلط في أمر أساسي أو فقد شرطاً من شروط الانعقاد يكون باطلاً لأن هذا الخلط ينعدم معه العقد حقيقة أو حكماً مع وجود صورته وما أصابه الخلط في شرط من شروط صحته يكون فاسداً لأن العقد مع هذا الخلط موجود حقيقة وحكماً لكنه غير صالح لقرينة الآثار عليه في ذاته فإذا أعقبه دخول ترتبت عليه بعض الآثار .

فاقد الأهلية إذا باشر العقد بنفسه ، وتزوج الرجل بمن هي محرمة عليه تحريماً لا يشبه الأمر فيه على الناس وهو يعلم ذلك التحريم كالعقد على إحدى محارمه أو زوجة الغير ، وتزوج غير المسلم بالمسقة<sup>(١)</sup> لعدم محبة المرأة فيها حكمه : الزواج الباطل لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج ، لأن وجوده كعدمه ، فلا يحل به الدخول ، ولا يجب به مهر ولا نفقة ولا طاعة ، ولا يرد عليه طلاق ، ولا يثبت به نسب ، ولا عدة فيه بعد المفارقة ، ولا يثبت به توارث ولا حرمة المصاهرة إلا عند من يثبتها بالزنى كما سبق بيانه .

وإذا دخل الرجل بالمرأة بناء على هذا العقد كانت المخالطة بينهما حراماً ويجب عليهما الافتراق ، فإن لم يفتقرا فرق القاضي بينهما ، وعلى كل من يعلم بذلك الدخول أن يرفع الأمر إلى القاضي . وعلى القاضي أن يفرق بينهما لأن هذا الدخول زنى وهو معصية كبيرة يجب رفعها .

والفقهاء لم يختلفوا في أنه زنى ولكن اختلفوا في وجوب الحد به . فالأئمة مالك والشافعي وابن حنبل وأبو يوسف وعبد بن وهب إلى أنه موجب لحد الزنى متى كان الفاعل عاقلاً عالماً بالتحريم .

وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يوجب الحد ، لأن صورة العقد شبه تكفي لأن يدرك بها الحد عنه ، ومع ذلك لم يعفه من العقوبة بل قال إنه يعزر أشد أنواع التعزير لتسبب فعله .

وإذا سقط عنه الحد وجب عليه مهر المثل بالفا مابلغ ،<sup>(٢)</sup> لأن الدخول بالمرأة في الإسلام لا يخلو من حد أو مهر وهو مراد الفقهاء بقولهم : الدخول

(١) ومع إطلاق عقد غير المسلم على السلفة يلقب كل منها إذا كان يعلمان به . ولا يمد الرجل ناقضاً للمهر إذا كان ذمياً . ويرى الأئمة مالك أنه يستحق القتل لأنه خالف ما ألزمه بعقد الذمة الذي يوجب عليه ألا يخالف الأحكام الإسلامية العامة .

(٢) يقول قاضيان في فتاويه : لو تزوج محرمة لأحد عليه في قول أبي حنيفة وعليه مهر

لا يغسل من عقر أو عقر، ولا تجب العدة بعد التفريق، لأنه لأعدة في الزنى حيث إنها تجب محافظة على الأنساب من الاختلاط، ولا يثبت بهذا العقد نسب يعاقل عليه.

وذهب الجعفرية إلى أن الدخول زنى لاشبهة فيه فيجب به الحد إذا لم تكن المدخول بها محرماً فإن كانت محرماً استحق القتل<sup>(١)</sup>

هذا وقد اتفق الفقهاء فيما إذا دخل بن تزوجها وهو جاهل بأنها محرمة عليه على أنه لا يجد ويلزمه مهرها بهذا الدخول لأنه لا بد من أحد أمرين الحد أو المهر وحيث لأحد وجب مهر المثل

## المبحث الثاني

### في الزواج الفاسد

وهو الذي تخلف فيه شرط من شروط الصحة بعد استيفائه لأركانه وشروط انعقاده. كالزواج بغير شهود عند من يشترط الشهادة، والزواج المؤقت، وزواج أخت مطلقة طلاقاً بائناً في عدتها لأنه يختلف في حرمة، وكتزوجه بامرأة محرمة عليه بسبب الرضاع وهو لا يعلم بحرمته بناء على إخبار الناس بأنه لا يوجد بينها صلة محرمة ثم ظهر بعد الدخول أنها محرمة عليه. حكمه: أنه لا يحل به الدخول بالمرأة ولا ياترب عليه في ذاته شيء من آثار

---

= المثل بالثأما بلغ وهذا يدل على أن هذا الزواج باطل عند أبي حنيفة. لأنه لو كان فاسداً لوجب الأقل من المسمى ومهر المثل كما هو الشأن في الزواج الفاسد عند وجود التسمية فإن لم تكن وحسب مهر المثل بالثأما بلغ.

(١) مسائل الخلاف = ٣ ص ١٧٥.

الزوجية . فإن حصل بعده دخول حقيقي <sup>(١)</sup> بالمرأة كان معصية يجب رفعها بالتفريق بينها جبراً إن لم يفترقا باختيارهما ، ويترتب على ذلك الدخول الآتية :

١ - لا يقام على الرجل والمرأة حد الزنى بالاتفاق لوجود الشبهة الدائرة للحد عنها .

٢ - يجب على الرجل مهر المثل بالنفا ما بلغ إن لم يكن . سمي للمرأة مهر أعند العقد أو بعده ، فإن كان سمي لها مهرأ وجب عليه الأقل من المسمى ومهر المثل . ويرى زفر أنه يجب مهر المثل في الحالتين لفساد التسمية بفساد العقد .

٣ - ثبت بهذا الدخول حرمة المصاهرة كما سبق بيانه .

٤ - تجب به العدة على المرأة من وقت افتراقهما أو وقت تفريق القاضي ، وهذه العدة عدة طلاق تحتسب بالأقراء أو الأشهر إذا لم تكن حاملاً حتى في حالة وفاة الرجل ، لأن عدة الوفاة المقدرة بأربعة أشهر وعشرة أيام لا تكون إلا بعد زواج صحيح ، ولا تجب لها نفقة في هذه العدة .

٥ - يثبت نسب الولد إن وجد محافظة عليه من الضياع .

أما غير ذلك من الأحكام فلا توارث فيه إذا مات أحدهما ولو قبل التفريق بينهما ، ولا تجب به على الرجل نفقة ولا سكنى ، كما لا تجب عليها الطاعة للزوج ، ولا يقع به طلاق على المرأة .

وقانون حقوق العائلة يتفق مع ذلك التقسيم في الجملة حيث جعل من الزواج

---

(١) قيدا الدخول بالحقيقي لأن الخلوة هنا لو كانت صحيحة لا تقوم مقام الدخول فلا يترتب عليها أي أثر بخلاف الخلوة بعد العقد الصحيح فإنها تقوم مقام الدخول فيترتب عليها بعض أحكام الدخول كما سيأتي تفصيله إن شاء الله .

غير الصحيح فاسداً وباطلاً في المواد من ٥٢ - ٥٨ وإن كان خص البطلان بتزوج غير المسلم بالمسلم وما عداها وصفها بالفساد ، وفي المادة ٥٧ يصرح بأن الزواج الباطل لا يفيد الحكم أصلاً فلا تثبت به أحكام الزواج الصحيح سواء حصلت المقاربة «الدخول» أم لا، وأن الزواج الفاسد قبل المقاربة لا يفيد شيئاً كما صرحت المادة - ٧٦ بأن المقاربة فيه يلزم بها المهر والعدة ويثبت بها النسيب وحرمة المساهرة ولا تثبت النفقة والتوارث وبقيّة الأحكام .

والمادة - ٧٧ - تقرر أن كلا من الفاسد والباطل ممنوع بقاؤه مطلقاً وإذا لم ينترقا فارق بينهما بالمحاكمة .

### المبحث الثالث

#### في الزواج الموقوف

هو ما فقد فيه شرط النفاذ بأن باشره من ليست له ولاية شرعية على إنشائه بأن كان ناقص الأهلية أو كاملها ولم تكن له صفة تجيز له إنشاء العقد من أصله أو ولاية أو وكالة. كتزوج الصغير المميز بدون إذن وليه فإنه صحيح موقوف على إجازة من له الولاية عليه إلا إذا استمر العقد بدون إجازة أو رده إلى حين بلوغه. فإن الإجازة تنتقل إليه إن أجازة نفذ وإن لم يحزه بطل ، وكعقد القضيولي وهو من يعقد لغيره بدون ولاية أو وكالة .

حكمه : الزواج الموقوف - رغم صحته - لا يترتب عليه أي أثر مع آثار الزواج إلا بعد إجازته أو الدخول الحقيقي بعده .

فإذا أجاز ترتيب عليه جميع الآثار السمي رقبها الشارع عليه ، وإذا دخل بالمرأة قبل الإجازة ترتب عليه الآثار التي تترتب على العقد الفاسد دون

غيرها ، فلا يحل به دخول ، ولا تجب به طاعة ولا مهر ولا نفقة ولا حرمة المصاهرة إلا على رأي من يشتبه بالزنى ، ولا يقع فيه طلاق ولا توارث إدامات أحدهما قبل الإجازة .

وبهذا يعلم أن حكم الزواج الموقوف قبل إجازته كحكم الزواج للفاسد في أن كلا منها لا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول ، وأما بعده فيترتب عليها بعض الآثار .

ولا فرق بينها إلا أن الفاسد لا يقر بحال من الأحوال ولا يلحقه تصحيح ، أما الموقوف فتلحقه الإجازة ولو بعد الدخول فيصير نافذاً تترتب عليه كل آثار الزوجية من وقت ابتداء العقد ، لأن الإجازة اللاحقة تنسحب على العقد من وقت إنشائه فينقلب نافذاً من وقت إنشائه ، وإن لم يميزه من له الولاية كان ذلك إبطالاً له من مبدئه .

وهذا وللاحظ أنه إذا دخل الرجل بالمرأة في العقد الموقوف بعد رده وبعد علمه بالرد يكون فعله زنى لا شبهة فيه فيترتب عليه ما يترتب على العقد الباطل .

## المبحث الرابع

### في الزواج النافذ غير المأخوذ

هو العقد الذي استوفى أركانه وشروطه كلها مع بقاء حق الاعتراض لغير المأخذ عليه وطلبه فسخه كتزويج البالغة المأقولة نفسها بغير كفء أو بأقل من مهر مثلاً ، فإن لولي المأصّب حق الاعتراض على هذا الزواج يطلب فسخه كما تقدم بيانه .

وحكم هذا الزواج أنه يترتب عليه الآثار من حل الدخول . ووجوب النفقة والكسوة والسكنى للزوجة ما لم تمتنع عن الدخول في طاعته بغير حق . وثبتت به حرمة المصاهرة فيحرم على الزوجة أصول الزوج وفروعه كما يحرم على الزوج أصول الزوجة وفروعها ويثبت به حق التوارث إذا مات أحدهما قبل القضاء بفسخه ولو كان قبل الدخول ، كما يثبت به نسب الأولاد للزوج .

ويجب به المهر ديناً في ذمة الزوج بمجرد العقد لكنه عرضة للتصنيف أو السقوط ، فإذا فسخ قبل الدخول والحلوة الصحيحة لا يجب شيء من المهر سواء كان الفسخ من قبل الزوج أو الزوجة ، لأن الفسخ هنا يكون نقضاً للعقد من أساسه ، وحيث انتقص العقد لم يبق موجب للمهر ، لأن الموجب له إما المقدأ أو الدخول أو الحلوة الصحيحة كما سيأتي تفصيله في بحث المهر .

وإذا كان الفسخ بعد الدخول أو الحلوة الصحيحة فإنه يجب كل المهر وعليها المدة ولها النفقة وغيرها ، وإذا طلقها قبل الفسخ والدخول كان لها نصف المهر المسمى .





## الفصل الثاني

في الزواج الإلزام وما يوجبه من حقوق غير مالية

وفيه مباحث:

تمهيد : الزواج الإلزام هو المستوفي لأركانه وشروطه كلها بحيث لا يبقى لأحد حق الاعتراض عليه وطلب فسخه، وحكمه أنه يترتب عليه الآثار التي رتبها الشارع عليه بلا استثناء فهو كالنافذ في ذلك بل هو أقوى أنواع الزواج لأنه ليس لأحد حق الاعتراض عليه كما لا يملك أحد من العاقدين فسخه .

هذا إجمال لأثار الزواج أو الحقوق الزوجية التي رتبها الشارع عليه ولتفصيلها نقول :

إن عقد الزواج إذا تم يوجب حقوقاً للزوجين . وهذه الحقوق بعضها مشترك بينهما ، وبعضها يخص الزوج ، وبعضها يخص الزوجة .

### المبحث الأول

في الحقوق المشتركة بين الزوجين

أولاً : حق الاستمتاع وهو أن يحل لكل واحد منها أن يتمتع بالآخر في الحدود التي رسمها الشارع ، فعلى كل منها أن يحجب رغبة

الآخر ولا يمنع منه إلا إذا وجد مانع شرعي يمنع من ذلك كحيض لقوله تعالى يسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن ، فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله « البقرة/ ٢٢٢ » ويلحق به النفاس وكذلك المرض الشديد .

وقد اتفق الفقهاء على أنه يجب على الزوج أن يعف زوجته من الناحية الجنسية حتى لا تقع في الحرام متى كان قادراً على ذلك ، وأن هذا الواجب من جهة الديانة أي فيما بينه وبين الله تعالى ، فيحرم عليه أن يشتغل عنها بعمل أو عبادة كل وقته لأنه يعرضها بذلك للفتنة .

فقد روى أن زوجة عبد الله بن عمرو بن العاص شكته إلى رسول الله بأنه يصوم النهار ويقوم الليل فأرسل إليه النبي ﷺ فلما حضر قال له : « يا عبد الله ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل » ؟ فقال : بلى يا رسول الله فقال له : « لا تفعل ذلك صم وأفطروا قم ونم فإني لجسدك عليك حقا وإن لزوجك عليك حقا » .

وروى أن امرأة رفعت أمر زوجها إلى عمر رضي الله عنه وذكرت أنه يصوم النهار ويقوم الليل ، فقال عمر : ما أحسنك ثناء على بعلك ، فقال كعب : يا أمر المؤمنين : إنها تشكو إليك زوجها ، فقال عمر : وكيف ذلك ؟ فقال كعب : إنه إذا صام النهار وقام الليل فكيف يتفرغ لها ، فقال عمر لكعب أحكم بينها ، فقال : أراها إحدى نسائه الأربع يفطر لها يوماً ويصوم ثلاثة أيام فاستحسن ذلك منه عمر وولاه قضاء البصرة (١) .

ثانيا : حسن الماشرة . فكل من الزوجين مطالب بإحسان العشرة على معنى أن يسمى كل منهما إلى ما يرضى الآخر من حسن المخاطبة واحترام الرأي والتسامح والتعاون على الخير ودفع الأذى والبعد عما يوجب الشقاق والنزاع

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٢٢

لقوله تعالى « وعاشروهم بالمعروف » النساء / ١٩ وقوله « ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة » البقرة / ٢٢٨ ، فإذا قلنا ذلك تحقق بينها السكن وتفرقت المودة ، وكان الزواج رحمة لهما كما أخبر المولى سبحانه في قوله « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة » الروم / ٢١ .

ثالثا : حرمة المصاهرة . فيحرم على الزوج التزوج بأصول زوجته وفروعها كما يحرم عليها التزوج بأصوله وفروعه وقد سبق تفصيل ذلك .

وحرمة المصاهرة وإن كانت في ظاهرهما حق الشارع ، لأنها حكم من أحكامه إلا أن ثمرتها تعود على الزوجين على السواء ، لأن ثبوتها يدفع الأذى عنها فبالأصح لكل منها أن يتزوج بأقرب الناس إلى الآخر بعد فسخ عرى الزوجية بينها ، وقد أشرنا إلى ذلك عند الكلام على حكمة التحريم بالمصاهرة .

وأما : ثبوت التوارث بينها بأن يرث كل منها الآخر بعد وفاته ولو كانت قبل الدخول ما لم يوجد مانع يمنع منه ، وذلك لأن عقد الزواج لما أحل المتعة والعشرة بينها فقد أوجد صلة تربط بينها كصلة القرابة فتبطل تلك ثبوت التوارث لهذه الصلة .

## المبحث الثاني

### في حقوق الزوج

يثبت للزوج أولا : حق الطاعة على زوجته في كل ما هو من آثار الزواج

إلا ما كان فيه معصية لله<sup>(١)</sup> حتى أوفى الزوج زوجته حقوقها الواجبة عليه بأن دفع إليها مهرها أو مقدار ما اتفقا على تصجيله منه وأعد لها المسكن اللائق بها وكان أميناً عليها وجب عليها الدخول في طاعته فتقيم معه حيث يعيش وتمكنه من نفسها ، فإذا امتنعت بعد ذلك عن الدخول في طاعته كانت ناشزة وسقط حقها في النفقة كما سيأتي بيانه :

وقد نص قانون حقوق العائلة في المادة - ٧٣ على أن الزوجة مجبورة على إطاعة زوجها في الأمور المباحة « والمادة - ٧١ - تقول : تجبر الزوجة بمسند استيفاء المهر المجل على الإقامة في بيت زوجها إذا كان مسكناً شرعياً وسكناً على النصاب معه إذا أراد الزوج الذهاب إلى بلدة أخرى إذا لم يوجد مانع » .

وجوب الطاعة في الحقيقة من تنمة التملون بين الزوجين ، ذلك لأن الأسرة هي اللبنة الأولى في بناء المجتمع فإن كانت سليمة ، كان المجتمع سليماً ، ولا تستقيم حياة أي جماعة إلا إذا كان لها رئيس يدير شؤونها ويحافظ على كيانتها ، ولا توجد هذه الرئاسة إلا إذا كان الرئيس مطاعاً ، وهذه الرئاسة لم توضع بيد الرجل مجاناً ، بل دفع ثمنها لأنه مكلف بالسمي على أرزاق الأسرة والجهد من أجلها مع ما في تكوينه وطبيعته من الاستعداد لها ، يقول سبحانه : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم » .

فهذا الجزء من الآية يثبت للزوج على زوجته حق الطاعة لأنه جعله فيما عليها ولا قوامة بتون طاعة من الطرف الآخر ، وقد ورد عن رسول الله أحاديث

---

(١) فهو أمرها بما نهى الشارع عنه كشرب الخمر ولعب البسر ومجالسة الرجال الأجانب أو الخروج بشكل غير لائق شرعاً أو ترك الصلاة والصيام فلا يجب عليها الاستئذان بل بيت عليها مخالفته لحديث « لا طاعة لمخلوق في معصية الخلاق » .

### كثيرة تحض المرأة على طاعة زوجها .

منها ما روى أن امرأة جاءت إلى رسول الله فقالت : إني رسول النساء إليك وما منهن إلا وهي تهوي مخرجي إليك ، الله رب الرجال والنساء وألهن وأن رسول الله إلى الرجال والنساء ، كتب الله الجهاد على الرجال فإن أصابوا أروا وإن استشهدوا كانوا أحياء عند ربهم يرزقون فما يعدل ذلك من أعمالهن من الطاعة ؟ فقال لها الرسول عليه الصلاة والسلام « طاعة أزواجهن والمعرفة بحقوقهن وقليل منكن من تفعله » .

هنا وقومة الرجل على المرأة فيما يتعلق بالحياة الزوجية فليس له الحق في التدخل في شئونها المالية ، لأن الولاية لها في ذلك ما دامت كاملة الأهلية ، فإن كانت أهليتها قاصرة فالولاية لوليها المالي كأبيها أو جدها أو من يقوم مقامهما .

ويتبع حق الطاعة حق آخر وهو حق القرار في البيت لا تبرحه إلا بإذنه وليس قرارها في البيت غبتا لها أو سجنًا لها كما فهمه قصار النظر وإنما هو إعانة لها على أداء وظيفتها التي خلقت لها وهي التفريغ لتربية الأولاد في مبدأ حياتهم ليصيروا حياة سليمة ، ومن قبل ذلك محافظة عليها من الفتنة والفساد ، وليس معنى هذا أن تظل حبيسة البيت لا تخرج منه أبداً كما فهمه بعض الناس خطأ ، لأنه ليس حقاً من حقوق الله حق يكون لازماً بل هو حق للزوج إن شاء الله تمسك به وإن شاء تنازل عنه وأذن لها بالخروج ما لم يترقب على خروجها مفسدة فيتحمم المنع محافظة على حرمان الله .

على أن حق المنع ثابت له بشرط أن يكون أوقافاً حقوقها ، وإلا يكون لخروجها مسوخ شرعي كأداء فريضة الحج بشرط أن يكون سفرها مع ذوي رحم محرم منها ، وزيارة أبويها ومحارمها من أخوتها وأعمامها وغيرهم .

فإن وجد المسوخ الشرعي لخروجها ولم يأذن لها ، كان لها الخروج بدون إذنه

فقدور والديا كل أسبوع مرة ، ومحارمها كل سنة ، وقيل كل شهر كما يقررده فقهاء الحنفية ، وقيد أبو يوسف ذلك بعدم قدرتهم على الجيء إليها .

ويرى الجعفرية : أنها تخرج لزيارة والديا ومحارمها حتى لا يتحقق منها العقوق والقطعية دون تقييد بزمان محدد ، لأن ذلك يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال .

وإذا مرض أبوها وليس له من يقوم بتمريضه غيرها كان لها أن تذهب إليه لتقوم بتمريضه ولو لم يرض الزوج ، ولا تكون بذلك خارجة عن طاعته ، لأن حق الوالدين مقدم على حق الزوج عند تعارضهما ، حتى ولو كان الأب غير مسلم .

وعلى الزوجة بعد طاعة زوجها وقرارها في بيته ، أن تكون أمينة على سره وحافظة لماله وشرفه فتبتعد عن مواطن الشبهات ، فلا تدخل بيتها من لا يرضى زوجها عنه ، ولا تطيع فيه أحداً لقول رسول الله ﷺ : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله أن تأذن في بيت زوجها وهو كاره » ، ولا تطيع فيه أحداً ولا تعزل فراشه ولا تضربه » (١) .

ثانياً : ولاية التأديب .

إذا كانت الزوجة مطيعة لزوجها محافظة على حقوقه فلا سبيل له عليها ، أما إذا خرجت عن الطاعة وخالفته فيما يجب عليها ، كان له عليها ولاية التأديب

---

(١) أما عمل البيت من كنس وغسل وطبخ ، فهو واجب عليها ديانة لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قسم العمل بين علي وفاطمة رضي الله عنهما فجعل عليا العمل في البيت وعليه العمل خارجه ، أما أنها تجبر عليه قضاء فقيه التفصيل الآتي : إن كانت لا تقدر عليه أو كانت قادرة ولكن هادة أمثالها جرت بألا يقمن بالخدمة فعليه أن يحضر لها من يقوم بخدمة البيت ولا تجبر عليه ، وإن كانت قادرة على العمل وتحسنه وكانت ممن يخدمن أنفسهن فيرى بعض الفقهاء أنها تجبر عليه ويرى آخرون أنها لا تجبر .

لقله تعالى : « فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله ، واللاتي يخافون نشوزهن فعتوهن وامجهروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطنعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ، النساء / ٣٤ . فهذه الآية قسمت النساء إلى نوعين . صالحات . وهؤلاء لسن في حاجة إلى تأديب لأنهن يقمن بما عليهن من حقوق الله وحقوق الزوج .

والنوع الثاني الذي عبرت عنه الآية « واللاتي يخافون نشوزهن » وهن اللاتي شرع التأديب لهن ، لأن تركهن على انحرافهن يسبب البيت شقاء لا تستقيم معه الحياة الزوجية ، وجعل التأديب للزوج دون غيره من الولي أو القاضي محافظة على كيان الأسرة بحفظ أسرارها من أن تزداع فيطلع الناس منها على ما لا يحسن الاطلاع عليه ، ولأنه أعلم من غيره بما يقومها ويردها إلى صوابها ، ولأن ضرر انحرافها يعود أولاً عليه وعلى بيته .

ثم أن الآية بينت طريق التأديب فجعلت له وسائل ثلاث : الموعظة الحسنة والمهجر في المضاجع ، والضرب ، وجاءت بها مرتبة فإذا أراد التأديب بدأ بما بدأ الله به فبعظها فإن كفت الموعظة وقف عند ذلك ، وإن لم تقف الموعظة مهجرها في المضجع بأن يوليها ظهره أو ينام في فراش آخر داخل البيت ، فإن لم يقد المهجر قل أنه يضربها ضرباً غير مبرح ولا مشين .

وفي هذا يقول رسول الله ﷺ في خطبته في حجة الوداع . « ألا واستوصوا بالنساء خيراً فإنما هن عوان <sup>(١)</sup> عندكم ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ، فإن فعلن فامجهروهن في المضاجع واضربوهن ضرباً غير مبرح ، فإن أطنعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » .

---

(١) عوان جمع عاتية وهي الأسيرة . وممتلعا أن النساء عند الرجال بمنزلة الأسرى فطبيهم الإحسان إليهن .

ولقد سأل رجل النبي ﷺ : ما حق المرأة على الزوج ؟ قال : « تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسبت ، ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر إلا في البيت . » .

فإذا أساء الرجل استعمال حقه ، وتجاوز القدر اللازم للإصلاح كان متعمداً ، وللزوجة حينئذ أن ترفع أمرها إلى القاضي ليرده عن عدوانه ، فإن ثبت لديه عدوان الزوج عززه بما يراه كافياً لزجره عن معاودته لما فعل ، وليس له حق إيقاع الطلاق جبراً إذا طلبته الزوجة كما يرى الحنفية والجعفرية ، ويرى المالكية أن المرأة لو طلبت الطلاق للضرر في هذه الحالة كان للقاضي سلطة إيقاع الطلاق إذا امتنع الزوج عن التطليق وتكون طلاقه بائنة ، وهو ما يجري عليه العمل في مصر .

وأذا عرفنا أن شريعة الله عامة لا تخص طائفة دون غيرها وليست قاصرة على زمن معين ولا بيئة خاصة ، وعرفنا مع ذلك أن النساء تختلف طبائعهن ، فبعض من تردن الكلمة عن غيرها ، ومنهن من لا يؤثر فيها الكلام ولا يردنها إلا المهجر والحرم ، ومنهن من لا يفيد معها كلام ولا مهجر لشراسة في خلقها وعناد لا يره إلا الضرب ، إذا عرفنا ذلك أدركنا سر تنوع وسائل التهذيب في كتاب الله الذي لا تحفى عليه خافية في الأرض ولا في السماء ، والذي خلق المرأة وهو الخبير بأسرارها العلم بما عندها إذا ما التوى بها الأمر عن الجادة المستقيمة .

وبعد ذلك يكون من قصر النظر وسوء الفهم توجيه النقد على غير هدى كما قيل : إن الضرب وسيلة صحراوية لا تتفق مع عصر المدنية والتقدم ، فكيف تبيح شريعة أزواج أن يضرب زوجة قدرجت في مدارج الثقافة حتى بلغت قتها ؟ .

ونحن نقول لهذا المفاري : ليس كل النساء كما وصفت ، وليس الضرب هو



الوسيلة الوحيدة المشروعة . بل إنها إحدى وسائل ثلاث ، وكانت في المرتبة الثالثة لا يلجأ إليها إلا عند فشل الأولى والثانية .

إن القرآن يعالج انحراف المرأة من القمة ، فيعالج من طريق العقل أولاً ، ثم ينتقل إلى طريق العاطفة ، ولم يبق بعد ذلك إلا طريق الجسد بالضرب ، لأن من لا يستجيب بعقله ولا يتأثر بمباطفته ينزل إلى مرقية الحيوان الأعجم ، فبم تقوم اعوجاجه أيها الناقد الحاقده ؟ .

ثم إن القرآن لم يقف بالعلاج عند هذه الوسائل الفردية التي وكلها إلى الزوج ، بل جعل للزوج إذا لم يصل إلى نتيجة وأفلت الزمام من يده أن يرفع الأمر إلى القاضي ليعالج المشكلة بوسيلة أخرى على مستوى الجماعة ، لأن الحياة الزوجية ليست ملكاً للزوجين خاصة ، بل لها جانب اجتماعي من جهة أنها عضوان في المجتمع الذي يسعد بسعادة أفرادهِ ويشقى بشقاؤهم ، فيبعث القاضي حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة ، ليتعرفا أسباب النزاع ويقوما بالإصلاح كما يقول سبحانه : « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً » النساء / ٣٥ . وسيأتي تفصيل ذلك في موضعه عند الكلام عن التفريق بين الزوجين للضرر .

### المبحث الثالث

#### في حقوق الزوجة غير المالية

أولاً : ينبت للزوجة على زوجها عدم الإضرار بها بأن يعدل في معاملتها فيعاملها بما يجب أن تعامله به فيحافظ على حقوقها من غير إفراط ولا تقريط ، وإنما وجب عليه العدل وعدم الإضرار باعتبار ما له من السلطان والرياسة ، فحيث وضعه الشارع في موضع القوامه وأوجب له على زوجته الطاعة والقرار

في البيت ومنحه سلطة التأديب، وهذه أمور لا تستقيم مع إطلاق يده في التصرف بل يجب تقييدها بالعدل من جانبته ، حتى تسير الحياة الزوجية في طريق مستقيم لتتحقق الغاية المقصودة منها .

ومن هنا جاءت عدة آيات وأحاديث تنبه الزوج إلى أن يتعدل ولا يظلم وينفع ولا يضر ويرحم ولا يقسو ، فيقول جل شأنه : «ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف» ويقول : « فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن أضراساً لتمدنوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » البقرة / ٢٣١ ، ويقول : « فان أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبلاً »

ويقول عليه السلام : « خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي » ، وفي حديث آخر يقول : « ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا هجر إلا في البيت » ، وفي خطبة الوداع يقول : « ألا واستوصوا بالنساء خيراً فأننا هن عوان عندكم ليسن تملكون منهن شيئاً غير ذلك ، يريد أن يقول ، إنكم لا تملكون منهن غير الاستمتاع ، وهكذا يرسم الإسلام طريقة معاملة الأزواج لزوجاتهم ، فمن سار في طريقة نجا ، ومن حاد عنه وآذى زوجته بالقول أو بالفعل كان لها الحق أن ترفع الأمر إلى القاضي وهو بما له من الولاية العامة يستطيع زجر الزوج بالقول وتمزيقه بما يراه رادعاً له عن عدوانه ، كما يذهب إليه الحنفية والجمعية . أو تطلب التفريق للضرر وللقاضي أن يأمره بتطليقها ، فان لم يفعل طلقها نيابة عنه وإن لم يرخص بذلك الزوج كما يذهب إليه الإمام مالك .

وينص قانون حقوق العائلة في المادة - ٧٣ - على أن الزوج مجبور على حسن معاشرة زوجته ، كما يجب عليه العدل للزوجة يجب عليه التسوية بين زوجاته

ثانياً : إذا كان له أكثر من زوجة وجب عليه التسوية بينهما في المعاملة ، سواء كان ذلك في البيات أو في النفقة بأنواعها ، لأن الله شرط حل التعدد بالعدل في قوله جل شأنه : « فإن خفتم ألا تمضوا فواحدة » والمادة - ٧٤ - من قانون

حقوق العائلة تنص على أن « الرجل مجبور على إجراء العدالة والمساواة بين زوجاته المتمدات » .

ويستوي في ذلك البكر والتيب والشابة والمعوز والصحيحة والمريضة والأولى والأخيرة والمسلفة والكتيبة، لأن رباط الزوجية واحد في الجميع، فلا يحل له أن يميز واحدة عن غيرها في أي شيء من الأمور الظاهرة، فبييت عند كل واحدة قدر ما يبيت عند الأخرى وتقدير النوبة مفوض إليه . وإن كان الأولى ألا تكون طويلة حتى لا تطول الوحشة على الزوجات .

والمعتبر في المناوبة بين الزوجات الليل لا النهار، إلا إذا كان الزوج يعمل ليلا فتكون المناوبة بالنهار، وإذا عين الزوج مقدار النوبة بدأ بمن شاء، وعليه أن يوفي كل زوجة نوبتها دون أن يزيد لواحدة على حساب الأخرى إلا إذا أذنت صاحبة الحق في ذلك، أو وجدت ضرورة تدعوه إلى ذلك كان مرضت إحداهن وليس لها من يقوم بتمريضها غيره .

وإذا تنازلت إحدى الزوجات عن نوبتها لزوجة أخرى صح ذلك، لأن رسول الله أقر ذلك عندما تنازلت سودة بنت زمعة عن نوبتها لعائشة رضي الله عنها، وللمتنازلة أن ترجع عن تنازلها متى شاءت لأنها أسقطت حقاً لم يجب بمد فلا يسقط .

يلزم الزوج هذا القسم حتى ولو كان مريضاً، لأن في وجوده عند زوجته إنساناً لها إلا إذا أذن له في القرار في بيت إحداهن .

ويرى الجعفرية: أنه عند تعدد الزوجات لا حق للزوجة إلا في ليلة من أربع، فإن كان له زوجتان فلكل واحدة ليلة والباقي من الأربع له أن يضعه حيث شاء، فيجوز له أن يبيت عند إحداهما ثلاثاً لأن له الحق في التزوج من اثنتين غيرها، وإذا جاز له ذلك جاز أن يحل نصيبها لإحدى زوجتيه .

ونحن نقول: نعم له أن يتزوج أربعاً وعليه العدل بين زوجاته أياً كان عددهن  
فهل في ذلك عدل ؟

هذا ولا يسقط القسم عنه إلا في حالة السفر ، فله أن يأخذ من يشاء منهن  
للسفر معه ، وليس لغيرها عوض عن أيام السفر لتطالب به بعد العودة منه ، ولا  
يجب عليه إجراء القرعة بينهما وإن كان من الأفضل أن يختار من يختارها للسفر  
بالقرعة بينهما تطيباً لحاظرهن ، حتى لا تشعربالباقيات بمرارة التفضيل لمن  
اختارها ، وهذا عند الحنفية والجمهورية . لأنه لا يجب عليه أن يصحب أحداً من  
نسائه معه في سفره .

ويرى الشافعية أنه يجب عليه أن يقرع بينهما ، لما روي أن رسول الله ﷺ  
كان إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه وأبتهن خرجت قرعتها خرج بها ، فـإذا  
أقرع بينهما لا يقضي للباقيات ، وإن سافر من غير قرعة فعليه أن يقضي للباقيات  
بقدر غيبته مع من سافر بها .

وأجيب على ذلك بأن رسول الله ﷺ كان يفعل ذلك تطيباً لقلوب نسائه ،  
ولأن الزوج لا يجب عليه أن يصحب واحدة منهن ، وليست كل زوجة تصلح  
رفيقة في السفر .

وكا يجب عليه التسوية في البيات ، يجب عليه التسوية في النفقة حسب حاله  
من العسر واليسر على أحد الآراء من مذهب الحنفية <sup>(١)</sup> وهو المعمول به في مصر  
بمقتضى المادة ١٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، فيعطي الفقيرة والغنية سواء

---

(١) يرى بعض الحنفية أن النفقة على حسب حالة الزوجة وحدها ، ويرى فريق ثالث أنها على  
حسب حال الزوجين معاً ، وهو الرأي الراجح في المذهب الحنفي الذي كان يعمل به في القضاء  
قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

لفوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف نفساً إلا ما آتاهها » الطلاق / ٧ .

وقانون حقوق العائلة في المادة — ٩٢ — يعتبر في النفقة حال الزوجين معاً .  
أخذاً بالراجح من مذهب الحنفية .

ويرى الجعفرية : أن النفقة على أحسب حال الزوجة وحدها ، فلا يجب عليه التسوية إلا إذا تساوين في اليسار والأعسار ، فإن كانت إحداهما موسرة والأخرى معسرة أعطى كل واحدة ما يكفيها حسب حالها .



## الفصل الثالث

في الحق الثالث للزوجة وهو المهر<sup>(١)</sup>

وفيه مباحث

### المبحث الأول

في التعريف به وسبب إيجابه ومم يكون ؟

المهر<sup>(٢)</sup> حق مالي أوجبه الشارع للمرأة على الرجل في عقد زواج صحيح ،

---

(١) أم مراجع هذا البحث. البدائع ج ٢ ص ٢٧٤ وما بعدها ، فتح القدير ج ٢ ص ١٣٤ وما بعدها ، المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٦٧٩ وما بعدها ، زاد المعاد ج ٤ ص ٢٨ وما بعدها ، بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٦ وما بعدها ، الشرح الكبير لمجيب الدمشقي ج ٢ ص ٢٩٣ وما بعدها ، شرح مناهج الطالبين لمجيبه ج ٣ ص ٢٧٥ وما بعدها ، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٣ وما بعدها ، الفروق القرآني ج ١ ص ١٥٠ وما بعدها ، تفسير القرطبي ج ٥ ص ٩٩ ، تفسير للتأرج ج ٤ ص ٣٧٦ .

(٢) وله أسماء : منها الصداق من الصدق لدلالته على صدق رغبة بإزالة في المرأة . والنحلة أي عطية من الله مبتدأة لأن استمتاع كل من الزوجين في مقابلة استمتاع الآخر به . فالمر ليس عوضاً عن شيء ، ويسمى صدقة لقوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » والنزيرة والأجر « وآتوهن أجورهن فريضة » والملائق لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « أدوا الملائق » قيل وما الملائق يا رسول الله ؟ قال : ما يترافى به الأملن ، والمفر والحباء وغيرها . واجمع المغني ج ٦ ص ٦٧٩ ، وسلسلة العلوي ج ٢ ص ٢٧٥ .

أو دخول بشبهة أو بعد عقد فاسد . وهذا التعريف يفيد أن المهر واجب ، وأنه يجب على الرجل لا على المرأة ، وأن وجوبه ثابت بأحد أمرين :

الأول : مجرد العقد ويكون في الزواج الصحيح لقوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم » النساء / ٢٤ ، فهو يفيد أن طلب الزواج لا يكون إلا بالمال ، وليس له معنى إلا وجوب المهر بمجرد العقد الصحيح ، وإن كان هذا الوجوب لا يستقر إلا إذا تأكد بأمر من مؤكدات المهر ، لأنه قبل تأكده عرضة لأن يسقط بعبثه إذا طلقها قبل الدخول ، أو يسقط كله لا إلى بدل إذا جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول ، أو يسقط كله إلى بدل إذا فسدت التسمية فإنه يجب عليه التمتع .

الثاني : الدخول الحقيقي في الزواج الفاسد أو في المخالطة بشبهة ، وفي هذا لا تبرأ ذمته منه إلا بالأداء أو الأبراء منه من جانب المرأة .

أما وجوبه فثبت بالكتاب والسنة والأجاج والمقول .

أما الكتاب فآيات كثيرة منها : الآية السابقة ، وقوله تعالى : « فانكحوهن بإذن أهلن وآتوهن أجورهن » إلى قوله : « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة » وقوله : « قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم » الأحزاب ٥٠ ، وقوله جل شأنه : « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » النساء .

فقد غلب في تفسيرها : عطية من الله للنساء بدليل : « فآتوهن أجورهن فريضة » .

وقيل عطية عن طيب نفس بالفريضة التي فرض الله تعالى .

أما السنة فلأن رسول الله ﷺ لم يخل زواجا من مهر ، ولو لم يكن واجبا لتركه مراه ليدل على عدم وجوبه .



وقد أجمع المسلمون على ذلك من عصر الصحابة إلى وقتنا هذا لم يخالف في ذلك أحد .

وأما المقول : فلأن الزواج لو أبيع بدون مهر لكان في ذلك ابتدال النساء وحط أقدارهن واستهانة بشأنهن ولأدى إلى قطع النكاح لأوهى الأسباب وأتفهها .

**وبعد وجوبه . هل يشترط ذكره في العقد ؟**

عقد الزواج لا يتوقف وجوده ولا صحته شرعاً على ذكر المهر فيه بالاتفاق ، لأنه ليس ركناً من أركانه ولا ذكره شرطاً لصحته بل يثبت المهر ديناً في ذمه الزوج بمجرد العقد الصحيح النافذ فهو حكم من أحكامه وأثر من آثاره ، والدليل على صحته مع عدم تسمية المهر قوله تعالى : « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضا لهن فريضة ومتوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاهاً بالمعروف حقاً على المحسنين البقرة / ٢٣٦ » ، فهذه الآية تدل على نفي الجناح عن المطلقين قبل الدخول وقبل فرض المهر ، والطلاق لا يكون إلا بعد قيام الزوجية الصحيحة ، ولو كانت تسمية المهر شرطاً لصحة الزواج لما صح العقد وبالتالي لم يكن طلاق مباح .

وما روى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه سئل عن المرأة التي تزوجت ولم يسم لها زوجها مهراتم مات عنها قبل الدخول ، فقال : بعد تردد طويل استمر شهراً من الزمان : لم أجد ذلك في كتاب ولا فيما سمعت من رسول الله ولكن اجتهد رأيي فأنا كان صواباً فمن الله وإن كان خطأ فبني ومن الشيطان والله ورسوله منه بريتان أرى لها مهر مثلها لا وكس ولا شطط د أي لا نقص ولا زيادة ، فقام رجل يقال له معقل بن سفيان وقال : إنني أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق الأشجعية مثل فصائك هذا ، ثم قام أنس من أشجع وقالوا : إنا نشهد بمثل شهادته . ففرج ابن مسعود بذلك ،

وهذا يدل صراحة على أن المقدس صحيح وإن لم يذكر المهر فيه، وأن الواجب عند عدم التسمية هو مهر المثل .

### هل المهر عوض عن شيء ؟

وإذا وجب المهر على الزوج بمجرد العقد فهل كان وجوبه عوضاً عن شيء ملكه في مقابلته أو كان عطاء لازماً وهدية قررها الشارع ؟

اختلف نظر الفقهاء في ذلك . فمنهم من يذهب إلى أنه عوض عن ملك المتعة <sup>(١)</sup> ومن هنا حكموا بفساد العقد إذا تزوجها على ألا مهر لها وقبلت ذلك قياساً له على البيع إذا نفى فيه الثمن .

وقالوا: إن القرآن سماه أجرأ في مقابلة الاستمتاع في قوله تعالى « فما استمتعتم به منهن فأتوهن أجورهن فريضة » وفي الآية التي بعدها يقول: « وأتوهن أجورهن بالمعروف » .

وذهب آخرون إلى أنه وجب على أنه هدية لازمة وعطية مقررة من الشارع . لأن القرآن سماه نحلة في قوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » ، والنحلة تطلق على ما ينحله الإنسان ويعطيه هبة عن طيب نفس بدون مقابلة عوض ، وقيل نحله تدبينا والنحلة الديانة والملة . كما يقول القرطبي في تفسيره ج ٥ ، « ولأنه لو كان عوضاً عن التمتع كما يقول أصحاب الرأي الأول لما وجب منه شيء إذا طلقها قبل الدخول حيث لم يستوف نكاحه شيئاً مع أن القرآن أوجب لها نصف المهر إذا

---

(١) من هذا الفريق المالكية ولذلك عرفوه: بأنه ما يعطى للزوجة في مقابلة الاستمتاع بها « والشرح الكبير ج ٢ ص ٢٩٣ » وموقوف للشفعية . يقول حمزة في حاشيته على شرح المنهاج ج ٣ ص ٢٧ « وهل الصداق عوض أو تكريمة وفضيلة للزوج قولان حكاهما المرحشي » . ويقول عز الدين بن عبد السلام في كتابه قواعد الأحكام ج ١ ص ٦١ « وليست النكحة في مقابلة ملك البضع وإنما هي في مقابلة التمكن والبيع مقابل بالصداق فتكون نفقة المرأة كنفقة العبد المشتري فإن الثمن في مقابلة دقته ونفقة جارية بسبب ذلك الملك » ص ١٠ .

كان سمي لما مهرأ أو المتعة وهي نوع من المال عند عدم التسمية . يدل لذلك قوله تعالى : « لا جناح عليكم إذا طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهن على الموسع قدرة وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » البقرة / ٢٣٧ .

وإذا كان القرآن سمى المهر باسمين متفايرين « أجر ونحلة » وكل منهما له مدلوله الذي يفار مدلول الآخر فأحدهما يقتضي أن يكون المهر عوضا والآخر يقتضي أن يكون غير عوض فالأمر يحتاج إلى ترجيح أحدهما لأنها غير مرادين معا . فتقول :

إن إقضية المعاوضة ليست ظاهرة . أما قبل الدخول فلأن الزوج وإن حل له التمتع بالمرأة لكنه لم يستوف منه شيئا وقد أوجب الشارع المال إذا طلقها قبل الدخول كما تقدم بيانه .

وأما بعد الدخول في الزواج الصحيح فهو وإن ملك الزوج التمتع بها واستوفى حقه منها إلا أنه لا يصلح أن يكون موجبا للعوض على الزوج ، لأن الاستمتاع مشترك بينهما فكل منهما يتمتع بالآخر كما قدمنا في الحقوق المشتركة بين الزوجين . وكان مقتضى ذلك ألا يجلب على الزوج شيء في مقابلة تمتعه أو يجب على كل منهما العوض .

لكن الشارع خص الزوج بالإيجاب عليه فلا بد أن يكون وجوبه لمنى آخر غير المعاوضة . وليس هنا ما يصلح لذلك غير أنه عطاء لازم من الزوج إبانة لشرف العقد وإظهاراً لخطره ليديم العقد ويؤدي مقاصده :

**والأما وجب على الزوج دون الزوجة ؟**

لأن عقد الزواج شرع لمقاصد أخرى غير التمتع المشترك بين الزوجين وهذه المقاصد لا توجد إلا بدوام العقد ، والشارع جعل للزوج القوامه وملكه الطلاق عند

اشتداد النزاع الذي لآتخلو منه الحياة الزوجية عادة ، فلو شرع الزواج بدون مال يدفعه الزوج لهانت عليه الزوجة وتخلص منها لآتفه الأسباب ، حيث أخذها بلا شيء وسوف لا يدفع شيئاً في زواجه بغيرها ، فكان وحب المهر عليه من عوامل حرصه عليها وعدم التفريط فيها فوق أنه يشعرها من أول الأمر بأنها محل رعايته وتكريمه ، وأنه سيتحمل عنها تكاليف الحياة فتقبل على الحياة الزوجية وهي راضية مطمئنة .

وفي هذا يقول الكاساني في بدائعه<sup>(١)</sup> ما نصه : « إن ملك النكاح لم يشرع لهينه بل لمقاصد أخرى لا حصول لها إلا بالمرام على النكاح ، والقرار عليه لا يدوم إلا بوجود المهر بنفس المقدار لما يجري بين الزوجين من الأسباب التي تحمل الزوج على الطلاق من الوحشة والخشونة ، فلو لم يجب المهر بنفس المقدار لآبالي الزوج بأزالة الملك بأدنى خشونة تحدث بينها لأنه لا يشق عليه إزالته لسا لم يخف لزوم مهر فلا تحصل المقاصد المطلوبة من النكاح ، ولأن مصالح النكاح ومقاصده لا تحصل إلا بالموافقة ولا تحصل الموافقة إلا إذا كانت المرأة عزيزة مكرمة عند الزوج ولا عزة إلا بانسداد طريق الوصول إليها إلا يزال له خطر عنده ، لأن ما ضاق طريق إصابته يمز في الأعين فيعزبه أمساكه وماتيسر طريق إصابته يهون في الأعين فيهون أمساكه ومتى ، هانت في أعين الزوج تلعبها الوحشة فلا تقسم الموافقة فلا تحصل مقاصد النكاح » هـ .

ما يصلح أن يكون مهراً

لاخلاف بين الفقهاء في الأشياء بالنسبة لصلاحيتها لأن تجعل مهراً تتنوع إلى نوعين : نوع يتعين أن يكون المهر منه . وهو كل ما له قيمة شرعية سواء كان عيناً من الذهب والفضة أو منفعة بمباحة تقوم بالمال أو ديناً في الذمة .

(١) ج ٢ ص ٢٧٥

ونوع لا يصلح أن يكون مهرًا وهو كل ما ليس بمال أو كان ما لا غير متقوم شرعًا كالخمر والخنزير في حق المسلم أو منفعة غير مباحة أو مباحة ولكنها لا تقوم بمال . وإن اختلفوا في تطبيق هذين الأصلين على بعض الجزئيات لاختلاف وجهات النظر فيها ، لأن المهر إما عوض كما يرى بعض الفقهاء أو هبة من الزوج لازمة وكل منها لا يكون إلا من النوع الأول .

فلو سمى لها مقدارًا معينًا من المال ذهبًا أو فضة مضروبة أو غير مضروبة أو غير مصنوع أو ورقًا نقديًا أو قدرًا معينًا من المكيلات أو الموزونات أو النسوجات أو دارًا معينة أو سكنى دار أو منفعة أرض أو خدمة يؤديها لا يكون فيها مهنة له ، أو دينًا في ذمة الزوجة أو في ذمة شخص آخر وما شاكل ذلك صحت التسمية ، وإن سمى لها غير ذلك مما ليس بمال متقوم أو منفعة غير مباحة أو لا تقوم بمال لاتصح التسمية ، وسيأتي تفصيل ذلك بالأمثلة .

### المبحث الثالث

#### في مقدار المهر .

للفقهاء في مقدار المهر آراء . فمن الفقهاء من يذهب إلى عدم تحديده بمقدار لا في مبدئه ولا في نهايته وإنما هو موكل إلى إراضي الطرفين ، ومنهم من يذهب إلى أن أقله عهده بمقدار لا يجوز بأقل منه وإن لم يكن عهده النهاية . وإليك تفصيل ذلك ؛ أما أدناه فذهب الشافعية والحنابلة والجعفرية وجماعة آخرون إلى أنه لا حد له ، بل يصح عندهم بكل ما يصدق عليه المال شرعًا مادامت له قيمة يقوم بهاء إراضي عليه الزوجان مستبدلين بقوله تعالى « أن تنتموا بأموالكم » فهذه الآية شرطت أن يكون الزواج بالمال ولم تحدد مقدارًا معينًا . فقلنا من ذلك أن كل ما يسمى مالا في العرف والشرع يصح تسميته مهرًا . ثم جاءت الأحاديث مؤيدة لذلك . ففي بعضها « إلتمس ولو خاتما من حديد » وروى أحمد وأبو داود عن جابر

أن رسول الله ﷺ قال: «لو أن رجلا أعطى امرأة صداقا ملء يديه طعاما كانت له حلالة»<sup>(١١)</sup> وما رواه الدارقطني بإسناده قال: قال رسول الله ﷺ «أنكحوا الأيامي وأدوا الملائق» قيل ما الملائق يا رسول الله؟ قال: ما تراعى عليه الأهلون»<sup>(١٢)</sup> ولأن المهر ثبت حقا للزوجة بدليل أنها تملك التصرف فيه استيفاء وإسقاطا فكان التقدير فيه إلى المتعاقدين.

وذهب الحنفية والمالكية وجماعة من السلف إلى أن له حدا أدنى لا يصح بأقل منه مستدلين بأحاديث وآثار عن الصحابة تفيد التعديد. فتكون الآية مقيدة لا مطلقة، ويعملون بمض الأحاديث السابقة على الخصوصية كحديث الخاتم، وبعضها الآخر على ما قبل شرعية التعديد. يريدون بذلك أن الزواج شرع أولا من غير تعديد مقدار المهر ثم جاء التعديد بعد هذا.

ثم قالوا: إن المهر وجب أظهارا لشرف العقد وأبانة للخطر عمله وهو المرأة الحرة فيجب أن يكون له قدر لا ينزل عنه حتى لا ينزل بشرف العقد، وهذا القدر ربع دينار عند المالكية لأن هذا القدر له خطر حيث تقطع يد السارق بسرقة.

ويرى الحنفية أنه عشرة دراهم<sup>(١٣)</sup> لأن يد السارق لا تقطع في أقل منه. وما روى عن عمرو بن عبد الله بن عمر أنهم كانوا يقولون «لا يكون مهر أقل من عشرة دراهم» وهذا التعديد لا يعرف بالرأي والاجتهاد فلا بد أن يكونوا سمعوا فيه حديثا عن رسول الله ﷺ، بل قالوا إن الدارقطني روى عن جابر عن رسول الله أنه قال «لا مهر أقل من عشرة دراهم»، وأما كون المهر حقا للمرأة خالصا فهذا مسلم أنه/جها في حالة البقاء بعد تمام العقد، وأما في الإبتداء فيه حق

(١١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ١٤٢، ١٤٥.

(١٢) الفتى لابن قدامة ج ٦ ص ٦٥٢.

(١٣) وقدره ابن شبرمة بخمسة دراهم وإبراهيم النخعي بأربعين درهما ومسيب بن جبير بخمسين درهما وقيل غير ذلك.

للشارع لا بأنه خطر المقد وصيانة المرأة عن الابتذال ، وحق الأولياء حيث ثبت لهم الاعتراض إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها بأقل من مهر المثل

ونحن نقول : إن التقديرات لا تعرف بالرأي وأنا تعرف بتقدير الشارع ، ولم يصح في التقدير حديث ، فالحديث الذي استدل به الحنفية ضعفه رجال الحديث والأثر عن بعض الصحابة ضعفه الكمال بن الهمام <sup>(٣)</sup> ، والأحاديث التي استدل بها غيرهم ليست صريحة في التحديد . بل كل ما فيها أن كلا منها يوافق مهرأ من من المهور الواقعة في عصر النبوة ، وهذا لا يدل على أنه المقد الذي لا يحزىء ، دونه إلا مع التصريح بأنه لا يحزىء دون هذا المقدار ولا تصريح إلا ما ورد في الذي استند اليه الحنفية وقد علمت ما فيه . وفوق ذلك فإنه جزء من حديث ولفظه لا تنكح إلا بولي وشاهدي عدل ولا مهر أقل من عشرة دراهم ، والحنفية أنفسهم تركوا العمل به في باب الولاية وعدالة الشهود فكيف يأخذون به في باب المهر ؟

فالأرجح ما ذهب إليه الفريق الأول من أنه ليس في الأمر تحديد ، وأقوى دليل لهم حديث خاتم الحديد ، وعلى هذا الرأي سار قانون حقوق العائلة حيث صرحت مادته المتان بأن المهر المسمى وهو الذي سماه الطرفان قليلا كان أو كثيرا .

وإذا عرفنا أن الجمفرية من هذا الفريق فيكون المعمول به في المحاكم الشرعية اللبنانية أنه لا حد لأقل المهر ، بل كل ما اتفق عليه الزوجان عند المقد تصح تسميته مهرا ما دامت له قيمة شرعا وعرفا ، لكن المحاكم المصرية تسير على مذهب الحنفية الذي يعتبر أقل المهر عشرة دراهم ، فلو سمى الزوجان أقل من هذا المقد أُلزم الزوج بتكميله إلى ما قيمته عشرة دراهم <sup>(١)</sup>

(٣) راجع فتح القدير ج ٢ ص ٤٣٦ ، ونيل الأوطار ج ٦ ص ١٤٣

(١) المتبر في الدرهم الشرعي ما وزنه أربعة عشر قيراطا كل قيراط يساوي خمس حبات

أما أكثر المهر فقد اتفق الفقهاء على أنه لا حد له فلفتماعدين أن يزيدا فيه حسب تراضيها لعدم ورود دليل يدل على ذلك . والتحديد إنما يكون بالنص .

ولهذا روى أن عمر بن الخطاب أراد أن ينهي الناس عن التتالي في المهور ويحدد لها مقداراً معيناً لا يتعداه أحد فقال في إحدى خطبه <sup>(١)</sup> . ألا لاتقالوا في صدقات النساء فأنها لو كانت مكرمة في الدنيا أوتقوى عند الله لكان أولاكم بها رسول الله ﷺ ما أصدق قط امرأة من نسائه ولا بناته فوق اثنتي عشرة أوقية <sup>(٢)</sup> الأوقية من الذهب أربعون درهما .

فقامت إليه امرأة فقالت : يا عمر يعطينا الله ويحرمنا أليس الله سبحانه وتعالى يقول : « وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً » فقال عمر : أصابت امرأة وأخطأ عمر .

وفي رواية : فأطرق عمر ثم قال : كل الناس أفقه منك يا عمر .

---

فيكون وزن الدرهم الشرعي سبعين حبة من الشعير المتوسط بين المطر والشمس أن قيمة الفضة تختلف باختلاف الزمن ، فقد كانت قيمة الدرهم من الفضة قبل زمن التضخم تساوي قرشاً ونصف بالعملة المصرية فكان أقل المهر خمسة وعشرين قرشاً مصرياً ولكن هذه القيمة لا تصلح الآن فيرجع إلى معرفة قيمة وزنها من الفضة .

(١) تفسير القرطبي ج ٥ ص ٩٩

(٢) قال الترمذي حديث تعدد مهر النبي وبناته بذلك حسن صحيح ، وفي زاد المعاد ج ٤ ص ٢٨ ثبت في صحيح في مسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت : كان صداق النبي صل الله عليه وسلم لأزواجه ثنتي عشرة أوقية ونشاً فذلك خمسمائة <sup>(٣)</sup> قال بيانة أن الأوقية أربعون درهما الثمن نصف أوقية فيكون عشرون درهما وفي التلخيص ص ٦٤ روى الجماعة إلا البخاري الترمذي عن أبي سلمة قال سألت عائشة : كم صداق رسول الله ، قالت : كان صداقه لأزواجه ثني عشرة أوقية ونشاً . قالت أندرى ما الثمن ؟ قلت لا ، قالت نصف أوقية فذلك خمسمائة درهم .



وقد جاء في بعض الروايات أن عمر لما سمع كلام المرأة رجع إلى المنبر فقال:  
إني كنت نهيتمكم أن تزيدوا في صدقات النساء على أربعائة درهم فمن شاء أن  
يعطي من ماله ما أحب .

ولقد كان لعمر رضي الله عنه اجتهادات كثيرة كانت تصدر عن رغبة في الإصلاح  
فكثيراً ما منع الناس من مباحات خشية ما يقترب على اندفاعهم فيها من ضرر  
... عليهم .

وفي هذه المسألة كان الباعث له هو تيسير الزواج عملاً بروح التشريع الذي دعا  
إليه رسول الله كما جاء في مسند الإمام أحمد <sup>(١)</sup> من حديث عائشة رضي الله عنها  
أن رسول الله قال: « أعظم النكاح بركة أيسره مؤنه » وقوله « خير الصداق أيسره »  
فأراد رضي الله عنه أن يجعل للصداق حداً أعلى لا يتجاوز به الناس فقدره بأربعائة  
درهم . وهو قريب من القدر الذي لم يتجاوز به الرسول في تزوجه وتزويج بناته ،  
ولكنه لما سمع الآية ووجد ما صريحة في جواز الزيادة رجع عن إلزام الناس بما قال :  
وفي الحق أن المغالاة في المهور وما يتبعها من اشتراطات الطرفين جعلت الراغبين  
في الزواج يحجمون عنه فنتج عن ذلك أزمة الزواج التي حار الناس في حلها مع  
أن الحل في أيديهم ، ولو وقف الناس عند الحدود المعقولة فتنازل الزوج عن مغالاته  
فيما يطلبه ، وكف أهل الزوجة عن تحميل أنفسهم ما لا يطيقون اندفاعاً وراء  
التقليد الأعمى بمحاكاة الآخرين ، وعرف الكل أن الزواج لم يشرع إلا لتكون  
الأسرة في صورة موفقة ، جمالها البساطة والمودة وعمادها التعاون والمحبة .

لو عرفوا ذلك وساروا عليه لانحلَّت المشكلة وما وجدت شاكياً ولا إكياً .  
ولكنه التقليد أعمى الناس عن الحقائق الواضحة وسار بهم في طرق ملتوية حتى  
عمت الشكوى وزاد البلاء .

---

(١) زاد المعاد - ص ٣٩

## المبحث الثالث

فهي انواع المهر والحالات التي يجب فيها كل نوع

المهر الواجب في الزواج نوعان (١) :

الأول : المهر المسمى وهو الذي اتفق عليه عند العقد أو قدر بعده بتراضي الطرفين كما إذا عقدا العقد بدون تسمية للمهر ثم اتفقا بعده على قدر معين فإنه يكون المهر الواجب متى كانت تسميته صحيحة .

الثاني : مهر المثل . والمعتبر فيه مهر امرأة تماثلها وقت العقد من أسرة أبيها أو من غيرها، وتكون المائلة فيما يعتمد به من صفات الزوجة التي يرغب فيها من أجلها كالدين والأدب والعقل والتعلم والجمال والسن والبكارة والثبوبة، وكونها ولودا أو عقيمًا والبلد الذي تعيش فيه ، فإذا لم يوجد من قوم أبيها (٢) من يماثلها من هذه الأوصاف فيعتبر من يماثلها من أسرة تماثل أسرة أبيها من أهل بلدها .

وعلى هذا سار قانون حقوق العائلة م ٨٠ ونصها : « المهر مهران . إما المهر المسمى وهو الذي سماه الطرفان قليلا كان أو كثيرا أو مهر المثل وهو مهر امرأة

---

(١) اختلف أئمة الحنفية في أيهما الأصل . فأبر حنيفة يرى أن مهر المثل هو الواجب الأصلي لأنه أصل ، وإنما يعدل عنه إلى المسمى إذا صحت التسمية . وصاحبه يقولان : إن الواجب الأصلي هو المسمى للاتفاق عليه ولا يصار إلى مهر المثل إلا إذا تعذر إيجاب المسمى لعدم وجوه التسمية أو كانت فاسدة .

(٢) يرى الشافعية أنه ينظر أو لا إلى من يماثلها من نساء العصبه فإن فقد نساء العصبه أو لم يعلم من مهر فنساء الأرحام كأمها وقراباتها كبنتها وخالاتها فإن تعذر ذلك اعتبر من يماثلها من الأجنبيةات من أهل بلدها . شرح النهاج ج ٣ ص ٢٨٤ .

تقاربها وتماثلها من قوم أبيها وإن لم يوجد فمن أهالي بلده<sup>١</sup> .

والجعفرية يوافقون ذلك في الجملة حيث يقررون أن المثل في مهر المثل حال المرأة في الشرف والجمال وعادة نساها ما لم يتجاوز مهر السنة وهو خمسمائة درهم<sup>(١)</sup> . يريدون بذلك أن مهر المثل يجب عند عدم التسمية الصحيحة بشرط ألا يزيد عن خمسمائة درهم ، فإن زاد وجب هذا القدر فقط .

ولذلك قالوا : لو تزوجها على كتاب الله وسنة رسوله ولم يسم لها مهر أكان مهر مثلها خمسمائة درهم .

وما ينبغي ملاحظته في تقدير مهر المثل عند الحنفية أن يلاحظ أن يكون زوج هذه الزوجة كأزواج أمثالها حسبا ونسبا وفضلا لأن الرجل الفاضل يتسامح معه في مقدار المهر .

#### الاختلاف في مهر المثل

إذا اتفق الطرفان على مقدار مهر المثل وجب هذا القدر ، وإن اختلفا بأن ادعى الزوج أن مهر مثلها كذا وادعى أهل الزوجة أنه أكثر من ذلك . فمن أقام بينة على دعواه أخذ بقوله ، وإن لم يوجد لها بينة فالقول قول الزوج مع يمينه لأنه منكر للزيادة .

وإن أقام كل منهما البينة على دعواه أخذ ببينة الزوجة لأنها تدعى الزيادة والزوج ينكرها ، والبينات شرعت لأثبات الدعاوى لا لنفيها « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » .

---

(١) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٤

## الحالات التي يجب فيها مهر المثل

يجب مهر المثل في الحالات الآتية :

الأولى : إذا لم يسم في العقد بأن صدرت الصيغة مجردة من ذكره أو نفيه .  
كأن يقول لها : زوجيني نفسك ، فتقول قبلت أو زوجتك نفسي دون أن تذكر مهراً .

وفي هذه الحالة تسمى المرأة بالمفوضة ، لأنها بسكوته تكون قد فوضت أمر تقدير المهر إلى زوجها ، لذلك كان لها الحق في مطالبته بعد العقد بتقدير مهر لها ، فإن قلل وتراضيا وجب ما تراضيا عليه ، وإن لم يجبها إلى طلبها كان لها أن ترفع الأمر للقاضي ليأمره بالفرض فإن لم يمثّل قضى لها بمهر المثل ، وإن سكنت عن المطالبة بالفرض حق دخلها أو مات عنها فلها مهر المثل ، لأنه وجب بالعقد وتؤكد بالدخول أو الموت . وهذا عند الحنفية ومن وافقهم .

والدليل على وجوب مهر المثل في هذه الحالة حديث ابن مسعود السابق .  
الثانية : إذا اتفقا على نفي المهر بأن صدرت الصيغة مقرونة بالنفي أو كان هناك اتفاق سابق على الزواج بغير مهر وعقدا بناء على هذا الاتفاق ثم دخل بها .

وإنما وجب مهر المثل في هذه الحالة لأن المهر جعله الشارع حكماً من أحكام العقد فلا يملك العاقد نفيه ، واشتراط نفيه لا يخرج عن كونه شرطاً فاسداً لمناقاته لمقتضى العقد ، والشروط الفاسدة لا يفسد بها عقد الزواج بل يصح العقد ويلغى الشرط .

ولأن المهر فيه حق للشارع لأنه أوجبته كما سبق - إبانة لخطر العقد وإظهاراً لشرفه فلا يستطيع أحد العاقدن إسقاطه . نعم أنه يجب أولاً بإيجاب

الله ، وللزوجة بعد تقررره أن يسقطه لأنه في حالة بقاء الزواج خالص حقها . فلها أن تردده إلى الزوج إن كانت قبضته أو تبرئه منه إن لم تكن قبضته .

الثالثة : إذا سميا مهرأ تسمية غير صحيحة بأن سميا ما لا يصلح أن يكون مهرأ شرعاً ، مثل تسمية ما ليس بمال كالطير في الهواء والسماك في الماء أو الأشياء الثنافة التي لا ينتفع بها مثلاً ، أو تسمية مال غير متقوم كالخمر والخنزير في زواج المسلم سواء كانت الزوجة مسلمة أو كتابية ، أو تسمية مال متقوم لكنه مجهول جهالة فاحشة . كمجهول المجلس والنوع كأن يجعل مهرها حيواناً أو بيتاً أو حلياً أو قطاراً أو أردياً مع عدم بيان نوعه . ففي هذه الصور تفسد التسمية ويجب مهر المثل لأنه الواجب الأصلي كما يقول أبو حنيفة ، ولا يعدل عنه إلا إذا تراضيا على شيء معلوم يصح أن يكون مهرأ شرعاً ولم يوجد .

ويلحق بهذه الصورة وهي التي فسدت فيها التسمية زواج الشغار (١) وهو أن يزوج الرجل موليته كبنته أو أخته من رجل على أن يزوجه الآخر بنته أو أخته من غير صداق لكل منهما . يصل على أن يكون زواج كل منهما صداقاً للأخرى ، وهذا عند الحنفية الذين يصحون هذا العقد ، وأما عند الجمهور وم الشافعية والمالكية والحنابلة والجمهورية فهو فاسد . ومنشأ الخلاف بينها أنه زواج جاهلي جاء الإسلام فنهى عنه بما رواه المحدثون عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار ، قال نافع : والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته وليس بينهما صداق .

وبما رواه مسلم عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال : « لا شغار في الإسلام » فالجمهور يذهبون إلى أنه زواج منهي عنه ، والنهي يقتضي الفساد ، ولأنه عقد زوايجين في

(١) سمي بذلك لأنه مأخوذ من الشغور وهو الخفوق قال : شغرت الدار إذا خلعت من ماكنها وشغرت الوظيفة إذا خلعت من شاغلها ولما كان هذا الزواج خالياً عن المهر سمي شغاراً .

عقد واحد وهو منهي عنه أيضاً .

والحنفية يقولون : إنه ليس منهياً عنه لذاته بل لما اشتمل عليه من ظلم المرأة والأجحاف بمقها كما كان عليه أهل الجاهلية من تحكمهم في شئون النساء وإلحاق الضرر بهن .

ففي هذا الزواج كل من المرأتين وقع عليهما الظلم بحرمانها من مهرها بينما انتفع كل من الوليين بحصوله على زوجة بدون مهر ، وهذا المعنى لا يفسد العقد لأنه متعلق بالمهر وفساد المهر لا يرجع على العقد بالفساد بل يفسد وحده ويصح العقد ، لأنه يصح مع عدم ذكر المهر وكأنه سمي شيئاً لا يصلح مهرأ فيجب مهر المثل<sup>(١)</sup> فقال الأمر به إلى أنه زواج يهر المثل .

الرابعة : إذا حصل الاختلاف في المهر المسمى ولم تثبت التسمية بالبينة فيجب مهر المثل فيما إذا ادعت الزوجة أكثر منه أو ادعى الزوج أقل منه ، أما إذا كان الادعاء من طرف الزوجة وادعت أقل من مهر المثل فإنه يحكم بما تدعيه وكذلك إذا كان الادعاء من طرف الزوج وادعى أكثر منه فإنه يحكم بما يدعيه .

وبهذا جاءت المادة ٨٦ من قانون حقوق الماثلة وإن لم تكن دقيقة في صياغتها<sup>(٢)</sup> .

الخامسة : إذا تزوج الرجل في مرض موته بأكثر من مهر المثل فإنه يجب لها

---

(١) راجع البدائع ج ٢ ص ٢٧٨ وراجع كتاب النفقة على المذاهب الأربعة ج ٤ ص ١٢٦ لتفت على تفسير الشافعي في المذاهب المختلفة .

(٢) ونسبها : « إذا حصل اختلاف في المهر المسمى ولم تثبت التسمية يلزم مهر المثل إلا إذا كان ادعاء التسمية من طرف الزوجة فينبغي أن لا يتجاوز المقدار الذي تدعيه مهر المثل . وإن كان من طرف الزوج فينبغي أن لا يكون أقل من المقدار الذي يدعيه »

مهر المثل ويمرر على الزيادة حكم الوصية للوارث على اختلاف المذاهب فيها .

كما جاء بالمادة ٨٨ من قانون حقوق المائنة ونصها « إذا تزوج شخص في مرض أمانة وكان المهر المسمى مساوياً لمهر مثل الزوجة تأخذه من تركته وإن كان زائداً عنه يمرر حكم الوصية بحق الزائد .

### متى يجب المهر المسمى

إذا صحت التسمية للمهر سواء كانت في العقد أم بعده وجب المهر المسمى لغرضها عليه ، وصحة التسمية تتوقف على توافر الشروط الآتية :

١ - أن يكون المسمى ما لا متوقفاً في نظر الشارع أو ما هو في حكم المال من المنافع التي تقوم بالمال .

٢ - أن يكون معلوماً بأن يكون خالياً من الجهالة الفاحشة .

٣ - أن يكون عقد الزواج صحيحاً فإن كان فاسداً لا يلتفت إلى المسمى . بل يجب مهر المثل كما سيأتي ، فإذا توافر في المسمى ذلك وجب بشرط ألا يكون أقل من المهر المقدر شرعاً فإن كان أقل منه يجب المسمى وما يكمل العشرة دراهم عند الحنفية . والمعتبر القيمة عند العقد لا وقت التسليم . فلو جنى لها ما قيمته عشرة دراهم عند العقد ثم نقصت قيمته عند التسليم لا يؤثر ذلك النقصان في صحة التسمية ، وإن كان العكس وجب المسمى وما يكمل العشرة ، لأن زيادة القيمة بعد العقد لا ترفع النقصان ، ولا يضر بعد ذلك إن كان المسمى من الذهب أو الفضة مضروباً أو غير مضروب أو من غيرها من الأموال المثلية أو القيمة عقاراً أو منقولاً فيصبح تسمية الجنهيات والقروش والدنانير والسيارات وخاتم من الذهب أو من الماس أو عقار عليه بناء أو لا أو حيوان أو غير ذلك بشرط ألا يكون فيه جهالة فاحشة فإن وجدت فسدت التسمية .

والجهالة الفاحشة تكون بجهالة الجنس والتنوع مثل أن يسمى لها حيواناً أريئياً أو قنطاراً أو إردنياً أو ثوباً ، فإن كان معلوم الجنس والتنوع صحت التسمية ولا تضر جهالة الوصف لأنها يسيرة لا تؤدي إلى النزاع كما إذا سمي لها فرساً أو ثوباً من الحرير <sup>(١)</sup> وهذا عند الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية .

وخالف الشافعية فقالوا : إن جهالة الوصف تفسد التسمية ، فلو سمي لها قنطاراً من القطن وبين نوعه ولم يبين درجته أو ثوباً من الحرير مثلاً فإن التسمية تكون فاسدة ويجب مهر المثل قياساً على المعاوضات المالية . <sup>(٢)</sup>

ويرد الجمهور على ذلك : بأن الجهالة اليسيرة تقتصر في عقد الزواج لأنك يتساهل فيه حيث إن المال غير مقصود فيه بخلاف المعاوضات المالية لأنها تبني على المساومة فجهالة الوصف فيها مفضية إلى النزاع ، ولأنه لو فسدت التسمية بجهالة الوصف وجب مهر المثل ، والجهالة فيه أشد مما في مجهول الوصف .

وإذا صحت تسمية مجهول الوصف عندهم وجب الوسط من الصفات لا الأعلى ولا الأدنى ويخبر الزوج بين دفع الوسط أو القيمة ، لأن الوسط يعرف بالقيمة ، ولأن مجهول الوصف لا يثبت في الذمة ، بل الذي يثبت فيها هو القيمة ، وحينئذ يكون الواجب هو الوسط باعتباره مذكوراً في العقد أو القيمة باعتباره ثبوته في الذمة .

#### تسمية المهر منقعة :

وكما تصح تسمية المال المتقوم المعلوم الحال من الجهالة الفاحشة تصح تسمية

---

(١) راجع الفرق للقرافي ج ١ ص ١٥٠ في الفرق الرابع والعشرين بين قاعدة ما يور فيه الجهالات والضرر وقاعدة ما لا يور فيه ذلك من التصرفات . والبدائع ج ٧ ص ٢٧٢



المنافع المألوفة كذلك إذا كان : ما تقوم به المال في العشرة الزوجية لا يمكن  
 دار معينة مدة محددة من الزمان أو استئجار أرض معينة كذلك ، لأن هذه  
 المنافع إما مال كما يرى الجمهور أو ملحقة بالمال إذا كانت ضمن عقد حكم  
 يرى الحنفية .

وإذا صح جعل المهر منفعة في الأطوار السابق فهل يصح أن يحمل المهر منفعة  
 يقدمها الزوج بنفسه كأن يقوم بخدمتها أو خدمة أبيها أو ذي رحم محرم منها  
 مدة معينة .

المذكور في كتب الحنفية خلاف بين محمد والشيخين ، فيها قولان : إن هذه  
 التسمية فاسدة ، لأن الزوجة هي التي تخدم زوجها ، وفي اشتراط خدمته لها  
 قلب للأوضاع فنكون المنفعة مما يتمتع الزوجاء به وإذا فسدت التسمية  
 وجب مهر المثل .

وأما محمد فيذهب إلى صحة التسمية ، لأن المنفعة لها قيمة في ذاتها لكنه  
 يتمتع الزوجاء بها لما قاله الشيخان فيجب قيمتها لا مهر المثل .

ومحمد : أمعنا النظر في تحليل المنع وجده لا يتحقق إلا في صورة جعل  
 المهر خدمته لها في البيت ، لأن هذه هي التي يوجد فيها قلب الأوضاع ، وكذلك  
 خدمة أهلها البتة ، لأن فيها مهانة له ، وأما الخدمة الخارجية البتة لا مهانة  
 فيها كالإشراف على التجارة أو الزراعة مثلا فلا يوجد فيها شيء من ذلك ، لأن  
 الأزواج في العادة يقومون بتصرف شئون الزوجات المالية من غير أن تلحقهم  
 أدنى مهانة ، كما أن الزوجة ليست مكلفة بخدمة الزوج خارج المنزل فلا يكون  
 من قلب الأوضاع جعل مهرها خدمتها البعيدة على المنزل .

وعلى هذا تصح التسمية عند الجميع ويجب الوفاء بها إذا كانت الخدمة غير

خدمة المنزل معلومة المدة وليس فيها مهانة ولا مذلة للزوج لأنها كما يقول صاحب البدائع<sup>(١)</sup> من باب القيام بأمرها لا ومن باب الخدمة، ويبقى الخلاف في الخدمة المنزلية أو ما فيه مهانة فيجب مهل المثل عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقيمة الخدمة عند محمد .

### الجمع بين المال والمنفعة في تسمية المهر :

وكما يصح جعل المهر ما لا فقط أو منفعة وحدها يصح جمعه مكوناً من المال والمنفعة إذا توفرت الشروط السابقة .

ولما كانت صور هذه الحالة تختلف باختلاف مقدار المال المسمى واختلاف الشروط له المنفعة . فقد تكون لها أو لذي رحم محرم منها أو لأجنبي عنها لهذا كله لزم تفصيل هذه الصور .

**الصورة الأولى -** إذا كان المال المسمى أقل من مهر مثلها والمنفعة المسماة لها أو لذي رحم محرم منها . كأن يكون مهر مثلها مائة ومسمى لها سبعين واستقلال أرض معينة لها أو لأبيها أو لأجنبيها مثلاً ، ففي هذه الصورة يجب عليه الوفاء بالمنفعة المشروطة . فإن لم يوف بها فلها المال المسمى ، وإن لم يوف بها وجب لها مهر المثل لا المسمى ، لأنها لم ترض بالمسمى وحده ، بل رضيت به مع ضم المنفعة المشروطة إليه ، فإذا فوت عليها المنفعة انعدم رضاها بالمسمى فيجب مهر المثل . ولا يشترط في المنفعة المسماة هنا أن تكون مما يتقوم بالمال في العقود<sup>(٢)</sup> .

(١) ج ٢ ص ٢٢٩ .

(٢) والفرق بين الصورتين أن المهر في أصله لا يكون إلا مالاً أو شيئاً يقوم بمال . فإذا كانت المنفعة هي المهر وحدها لا بد أن تكون مما تقوم بمال لتصح التسمية ، أما إذا كانت مع مال مسمى فإن مالاً المهر موجودة ولا يلزم في المال المسمى أن يكرر مساوياً لمهر المثل فلا داعي لاشتراط كون المنفعة مما تتقوم بمال .

كما شرط فيها إذا كانت، هي المهر وحدها . بل يستوي في ذلك كل منفعة تعود عليها بالتغير كاشتراط ألا يتزوج عليها أولاً بخبرها من البلد الذي تزوجها فيه أو أن يلحق أخاها بوظيفة مثلا . فإذا سمى لها أقل من مهر مثلها ومنفعة من هذه صحت التسمية وكان لها المسمى بشرط أن تكون المنفعة المشروطة مشروعة . فإن فعل ذلك ووفى بما شرطه فيها، وإن لم يوف بالمنفعة . وجب لها مهر المثل .

**الصورة الثانية :** إذا كان المال المسمى مساوياً لمهر المثل فإنه يجب لها المسمى سواء وفى بالمنفعة المشروطة أو لم يوف بها ، لأنها وإن لم ترض إلا بجموع الأمرين لكن عدم رضاها بالمال وحده لا يؤثر في صحة التسمية ، لأن العدول إلى مهر المثل لا فائدة فيه لتساويها .

**الصورة الثالثة :** إذا كان المال المسمى أكثر من مهر مثلها وجعل هذه الزيادة في نظير منفعة تعود عليه كاشتراط وصف مرغوب فيه فيها مثل ما إذا كان مهر مثلها مائة وخمسين وسمى لها مائتين إن كان بكراً أو متعلة أو سليمة من الأمراض أو ما شابه ذلك .

ففي هذه الصورة يجب لها المسمى إن كانت كما شرطه ، وإن لم تكن كذلك وجب لها مهر مثلها ولا تلزمه الزيادة ، لأنه ما رضي بها إلا على أساس وجود الوصف المرغوب فيه ، فإذا فات الوصف فات رضاها بالزيادة فيجب مهر المثل .

**الصورة الرابعة :** إذا كانت المنفعة المشروطة مع المال غير مباحة شرعاً كابت بشتوط إقامة حفل فيه لموحرّم ، أو تستلزم أن يبيع لها الخروج إلى أماكن اللهو المحرم ، أو كانت منفعة مباحة لكنها لأجنبي عنها فإن الشرط يلفو في كل الصور وكأنه لم يكن ويجب لها المال المسمى وحده سواء كان مساوياً لمهر مثلها أو أقل منه بشرط ألا يقل عن أقل المهر المقتدر شرعاً ، فإن كان أقل منه وجب تكميله لأن غير المشروع لا يجوز للمسلم أن ينتفع به فلم يكن مقابلاً بمال فكان الشرط غير داخل في المهر من المبدأ ، وإذا كانت المنفعة لأجنبي لم

تكن مقصودة للزوجة فليس لها عوض .

هذا هو حكم المنفعة المشروطة في مقابلة نقصان المهر أو زيادته وقد عرفنا أن شرطها لا يؤثر في العقد لأنه متعلق بالمهر وهو ليس ركناً ولا شرطاً في العقد بل يقتصر تأثيره على صحة المهر المسمى والمقد صحيح على كل حال .

وأما شرطها لا في مقابلة زيادة المهر أو نقصانه فإنه يؤثر في العقد في حالة ما إذا كان الشرط صحيحاً ولم يوف به من التزمه فإن العقد يكون غير لازم بالنسبة لمن شرطه حتى جاز له فسخ العقد لأنه رضي به مشروطاً بهذا الشرط فإذا فات الوفاء به انعدم رضاه . وقد تقدم حكمها عند الكلام على اقتران الصيغة بالشرط ..

#### الترديد في المهر بتسمية مهرين على تقديرين :

وبما يتعلق بموضوع تسمية المهر مسألة الترديد فيه . وذلك بأن يسمى لها مهرأ على تقدير وآخر على تقدير آخر ، وبعبارة أخرى أن يسمى لها مهرأ على شرط ومهرأ آخر على شرط آخر . ويستوى في ذلك كون الشرط فيه منفعة لها أو له ، مثل ما إذا تزوجها بمائتين إن كانت بكرأ ومائسة إن كانت ثيباً ، أو يتزوجها بمائة إن أقام بها في بلد أهلها ومائتين إن أقام بها في بلد آخر .

فإذا كانت التسمية بهذه الصورة اختلف أئمة الحنفية فيها على ثلاثة آراء . أرجعها رأي صاحبين<sup>(١)</sup> وهو أن التسميتين صحيحتان ، فأبي الشرطين تحقق

---

(١) والثاني رأي زفر وهو فساد التسميتين فيجب لها مهر المثل في الحائض لا ينقص من أقل المهرين لأنه رضي به ولا يزيد على أكثرهما لأنها رضيت به . والثالث رأي أبي حنيفة وهو صحة التسمية الأولى وفساد الثانية ، فإذا تحقق شرط ما وجب لها المهر المسمى فيها ، وإن لم تتحقق وجب لها مهر المثل لا ينقص من الأقل ولا يزيد على الأعلى .

وجب ما سماه له . فإن وجدها بكراً كان مهرها مائتين وإن وجدها ثيباً كان مهرها مائة .

وجه هذا الرأي : إن كل حالة لها مهر واحد لا ترد فيه وقد راضيا عليه فلا نزاع ولا ضرر في ذلك فيجب المسمى في كل حالة ، وهذا الرأي هو الحق في به وعليه العمل في القضاء بمصر لأنه الراجح من مذهب الحنفية ، وإذا لاحظنا أن مذهب الجعفرية يوافق هذا كان الممول به في لبنان في الحاكم السنية والجعفرية كذلك .

#### ما يجب في العقد الفاسد من المهر :

هذا هو المهر الواجب في العقد الصحيح ، فارة يجب المسمى إذا صحت التسمية ، وفارة يجب مهر المثل إذا لم توجد تسمية أو وجدت وكانت فاسدة ، وفارة يجب أقل المهر شرعاً وهو عشرة دراهم عند الحنفية إذا سمى لها مالا متقوماً أو منفعة تقوم بالمال لكنه أقل من العشرة .

وأما في العقد الفاسد فقد عرفنا أنه لا يجب فيه شيء قبل الدخول لأنسه لا اعتبار له في نظر الشارع وإنما يجب المهر فيه بالدخول الحقيقي بها ، لأن الدخول بالمرأة في نظر الإسلام لا يتخلو من وجوب العقد أو المهر وحيث لا حد لوجود الشبهة المسقط له فيجب المهر .

والمهر الواجب هنا هو مهر المثل إذا لم يسم لها مهر أو سماه وكانت التسمية فاسدة ، فإذا كانت التسمية صحيحة وجب الأقل من المسمى ومهر المثل . فإذا كان مهر مثلها مائة والمسمى ثمانون وجب المسمى ، وإن كان العكس وجب مهر المثل .

وإنما وجب الأقل منها لأن الواجب الأصلي هو مهر المثل وقد رضيت

بالمسمى في حالة زيادة مهر مثلها مما ساء ، وكانت أسقطت حقها في الزيادة فتعامل بذلك ، وهذا هو الراجح في المذهب الحنفي وهو رأي أبي حنيفة وصاحبيه وعليه الفتوى والعمل .

ويرى زفر أنه يجب مهر المثل بالغا ما بلغ في العالتين ولا اعتبار بالمسمى ، لأن فساد العقد يسري إلى التسمية فتكون فاسدة وعند فسادها يجب مهر المثل بالاتفاق ، وقاسه على البيع الفاسد فإن البيع فيه يملك بالقبض بإذن البائع ويجب على المشتري قيمة المبيع بالغة ما بلغت ولا يلتفت إلى الثمن فكذلك في الزواج الفاسد .

ويمكن الرد عليه من قبل أصحاب الرأي الأول : بأن وجوب المسمى عند صحة التسمية في حالة ما إذا كان أقل من مهر المثل لم يجب لأنه المسمى حتى يأنم اعتبار العقد صحيحاً ، وإنما يجب باعتبار أنه مهر المثل حسب اتفاقها أو باعتبار أنها أسقطت شيئاً من مهر مثلها والساقط لا يمود . والقياس على البيع الفاسد غير صحيح لأن البيع معاوضة مالية بخلاف الزواج فكان قياساً مع الفارق .

وقانون حقوق العائلة يسير على الرأي الأول في المادة - ٨٥ - منه ونصها : « إذا وقع الفراق بعد المقاربة في العقد الفاسد فإن مسمى المهر يأنم أقل المهرين من المهر المسمى ومهر المثل وإن لم يسم أو مسمى فاسداً فيأنم مهر المثل بالغا ما بلغ إلا إذا حصل الفراق قبل المقاربة فلا يأنم مهر أصلاً » .

والمذهب الجعفري يتفق مع هذا إلا أنه يشترط في مهر المثل ألا يزيد على خمسين درهماً فإن زاد وجب الخمسين فقط (١) .

---

(١) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٨٠ وما بعدها .

## المبحث الرابع

### في الزيادة في المهر والخط منه

معنى الزيادة في المهر هنا : أن يضاف إليه شيء بعد تمام العقد والاتفاق على مهر معين سواء أكان ذلك الشيء من جنس المهر المسمى أم غير جنسه .  
ومعنى الخط : إنقاص جزء من المهر أو إسقاطه كله بعد الاتفاق عليه .  
وظاهر أن الزيادة تكون من جانب الزوج ، والخط من جانب الزوجة ، وكل منهما جائز لكن بشروط ، فإذا زاد الزوج شيئاً على المهر التحقت الزيادة بأصل المهر وصارت كجزء منه فتزومه ويطالب بها كما يطالب بالأصل ويتأكد وجوبها بما يتأكد به وجوب المهر غير أنها لا تنصف لو طلقها قبل الدخول عند الحنفية .

وتثبت لها تلك الأحكام إذا توفرت الشروط الآتية :

١ - أن يكون الزوج من أهل التبرع بأن يكون بالغاً عاقلًا رشيداً لأن هذه الزيادة نوع من التبرع فلا تصح إلا إذا كان فاعلها من أهل التبرع .

٢ - أن تكون الزيادة معلومة كان يزيد مقداراً من المال محدداً أو عيناً مالية معينة ، فإن كانت مجهولة . كان يقول لها : زدتك شيئاً على مهرك أو قدرأ من المال لم يحده لا تلتحق به لأن المجهول لا يصح أن يكون محلاً للعقد والتعامل .

٣ - أن تكون الزوجية قائمة عند الزيادة ولو حكما كما في عدة الطلاق الرجمي ، أما لو كانت الزيادة بعد الطلاق البائن فلا تعتبر ، لأن الزيادة تلتحق

بأصل المهر المسمى وتستند إلى العقد فيجب أن يكون باقياً حتى يمكن التحاقها بالمهر واستنادها إلى العقد .

٤ - أن تقبلها الزوجة إذا كانت أهلاً للقبول ، أو وليها إذا لم تكن أهلاً في المجلس ، لأنها هبة والمملك لا يثبت فيها إلا بالقبول ، فلوردت من جانبها ارتدت حيث لا يدخل في ملك الإنسان شيء جبراً عنه إلا في الميراث .

وكما يجوز للزوج الرشيد الزيادة في المهر يجوز لولي القاصر إذا كان أباً أو جداً غير معروف يسوء الاختيار أن يزيد في مهر القاصر ، لأن له أن يزوجه بأكثر من مهر المثل ابتداء عند أبي حنيفة ، فله أن يزيد بعد التسمية ، لأن مثل هذا الولي لا يفعل ذلك إلا لمصلحة تفوق الزيادة في المهر ، ولأن عرف الناس جار بأن الهدايا تقدم من قبل الزوج وأوليائه ، فتكون هذه الزيادة كالهبة فتجوز وتصبح لازمة وتلتحق بأصل المهر .

وكما تجوز الزيادة من جانب الزوج ، يجوز الحط من قبل الزوجة وحدها إذا كانت أهلاً للتبرع بأن كانت بالغة عاقلة رشيدة ، ولا يجوز ذلك من وليها إذا كانت قاصرة حتى ولو كان الولي أباً أو جدها ، لأن الحط يكون بناية الهدية ، ولم تجر العادة بأن أهل الزوجة يقدمون الهدايا للزوج ملو فعلوا ذلك تعبروا به .

وأبو حنيفة وإن كان يصحح تزويج الولي لها بأقل من مهر المثل ابتداء لما يراه من المصلحة لكنه لا يجوز له الحط منه بعد تقررره ، لأن المهر يتعلق به عند إقضاء العقد حقوق ثلاثة : حق الشارع ، ولهذا لا يصح بأقل من عشرة دراهم ، وحق الوالي الماصب ولذا كان له حق الاعتراض على تزويج البالغة العاقلة الرشيدة نفسها بأقل من مهر مثلها ، وحق للزوجة لأنها المملوكة .

وبعد تقررره يصير حقاً خالصاً للزوجة . فحقها ثابت في الابتداء والبقاء وحق غيرها ثابت في الابتداء فقط .



ومن هذا يتبين أنه لا يملك الحط من المهر بعد تقررره إلا الزوجة صاحبة الحق فيه في البقاء ، لأنه إن وجد المبرع النقص في الابتداء فلم يوجد بعده بل وجد المانع منه .

والحط منه يصح بشروط :

١ - أن تكون من أهل التبرع وهي الرشيدة كما قلنا .

٢ - أن يقبله الزوج في المجلس إذا كان المهر مالا من الأعيان كيبت معين أو حيوان معين ، لأن حطها يكون هبة والهبة لا بد فيها من القبول ، فإذا لم يقبل الزوج صراحة لا يسقط حقها فيه ، بل يبقى هذا القدر أمانة عنده تأخذه متى شاءت ، فإذا هلك ذلك الجزء عند الزوج لا يكون مضمونا عليه ، لأن الأبراء منها لا يفيد التمليك في الأعيان ، فيحمل على نفي الضمان كما صرح بذلك ابن عابدين في رد المحتار بخلاف باقي المهر فإنه مضمون عليه حتى تقبضه .

وأما إذا كان المهر ديناً في الذمة كبلغ من المال أو الأشياء التي تثبت في الذمة فلا يشترط لحطه عنه قبوله ، بل يشترط عدم رده ، لأن الحط هنا إبراء للذمة من بعض ما ثبت فيها وهو إسقاط لا يحتاج إلى القبول بل يرتد بالرد .

وإنما شرط عدم الرد هنا لأن الإبراء منته ، ومن الناس من لا يحتمل المنة من الغير خصوصاً في مهر الزوجة . وإذا تم الحط بالهبة أو بالأبراء أصبح المهر هو الباقي لا يحتمل المطالبة إلا أنه لكن مع ملاحظة أن يكون حطها بمحض اختيارها لا يشوبه أي نوع من الإكراه ويجب التحري عند إثباته .

وما تجب ملاحظته هنا أيضاً أن الزيادة في المهر والحط منه إذا كانت في مرض الموت اعتبر وصية تطبق عليها أحكام الوصية ، فمذهب الحنفية يعتبرها موقوفة كلها على إجازة الورثة لأنها وصية للوارث ، وهو المطبق في المحاكم

السنة في لبنان حيث لم يعرض له القانون صراحة وإن كان أشار إليها في التزوج بأكثر من مهر المثل في مرض الموت .

أما المحاكم الجعفرية فإنها تطبق مذهبهم الذي يصح الوصية للوارث والأجنبي على حد سواء في حدود الثلث ، والذي يوقف على إجازة الورثة هو ما زاد من ذلك على ثلث التركة ، والعمل في مصر يجري على ذلك أيضاً حيث إن قانون الوصية أخذ بهذا الرأي في الوصية للوارث .

## المبحث الخامس

### في تعجيل المهر وتأجيله

لما كان المهر حكماً من أحكام العقد الصحيح فإنه يجب بتمام العقد ديناً في ذمة الزوج عند الحنفية والجعفرية ومن وافقهم يجب أدائه للزوجة عند طلبها ، ولها أن تمتنع عن الدخول في طاعته إذا لم يؤده لها بعد الطلب ، وإذا كان أدائه متوقفاً على طلب الزوجة فلا يلزم أن يكون حالاً وقت العقد بل يجوز تأجيله كله أو بعضه إذا اتفق الزوجان على ذلك .

وبهذا صرحت المادة - ٨١ - من قانون حقوق العائلة ونصها : « يجوز تعجيل تأجيل المهر المسمى تماماً أو قسمياً منه » . فإذا اتفق الزوجان على تعجيله كله أو تأجيله كله أو بعضه إلى أجل معلوم قريباً أو بعيد أصبح ذلك ، وإن كان الأجل مجهولاً لا يصح التأجيل ويجب تعجيله إلا إذا كان التأجيل إلى أقرب الأجلين الطلاق أو الوفاة فإنهما وإن كانا مجهولين إلا أن الناس تعارفوا التأجيل إليها فتتفي الجباله المضية إلى النزاع .

وعلى هذا إذا اتفق الزوجان على شيء من ذلك عمل به وإن كان هناك

عرف بخلافه لأن الاتفاق من قبيل الصريح والعرف من قبيل الدلالة ، وإذا  
تعارض الصريح والدلالة يقدم الصريح ، على أن من شروط العمل بالعرف ألا  
يكون تصريح بخلافه .

وإذا لم يوجد اتفاق بينها على شيء من التعجيل والتأجيل حكم عرف البلدة  
التي جرى فيها المقد لأن سكوتها عن التصريح دليل على قبولها لمحكم العرف  
القائم وقت المقد ، وإن لم يكن عرف وجب تقديم المهر كله ، لأن الأصل أنه  
يجب بتمام المقد ولا يؤجل إلا بشرط صريح أو عرف قائم ، فإذا كان المهر  
عاجلاً كله أو بعضه فإن قبضته الزوجة وجب عليها الانتقال إلى بيت الزوج  
والدخول في طاعته بمجرد طلبه ، فإن امتنعت عن ذلك كانت فاشرة وأجبرت  
على تسليم نفسها إلا إذا كان هناك ما يحول دون ذلك كالمرض ونحوه .

وإن لم عرف لما ذلك الميعال كان لها الامتناع سواء كان الزوج موسراً أو  
ممسراً ولا يمد هذا نشوزاً منها لأن امتناعها بحق شرعي . فإن سمحت له في  
هذه الحالة بالدخول أو الخلوّة الصحيحة بها فهل يعد ذلك إسقاطاً لحقها في  
الطلب العاجل ومنع نفسها منه في أي وقت أو لا ؟

يرى أبو حنيفة أن هذا لا يسقط حقها فلها أن تمتنع منه لأن رضاها بالدخول  
أو الخلوّة قبل قبض مصبل المهر إسقاط لحقها في منع نفسها في الماضي لا في  
المستقبل لأن منافع الزواج مستمرة ولا تستوفي دفعة واحدة لاحتمال أن تكون  
فعلت ذلك لحل الزوج على دفع المهر فلما لم يفعل رجع حقها في المنع إليها .

ونظير ذلك ما إذا رضيت بمباشرة زوجها فترة من الزمن بدون اتفاق عليها  
فإن ذلك لا يكون إسقاطاً لحقها في طلب الاتفاق عليها في المستقبل ، وهذا  
هو الرأي الأرجح في مذهب الحنفية .

ويرى أبو يوسف ومحمد أنه لا حق لها في المنع لأنها لما رضيت بالدخول أو

الخلوة قبل أن تقبض معجل صداقها فقد سلحت جميع المقود عليه، ولهذا يتأكد جميع المهر بالمخالطة مرة واحدة، فكانت مسقطه لحقها في طلبه قبل الدخول فيسقط حقها في الامتناع، فلو امتنعت لم تجب لها نفقة لأنها تعتبر ناشزة وهو قول مالك والشافعي.

والجعفرية في هذا رأيان: أشهرهما أنه لا حق لها في المنع ك رأي الصحابين لأن الاستمتاع حق للزوج بمجرد العقد سواء دفع المهر أو لا، ولأن حقها قد سقط برضاها ولا دليل على عودته<sup>(١)</sup>.

وعلى هذا يكون العمل في مصر على الرأي الأول باعتباره الراجح في المذهب الحنفي.

وكذلك في المحاكم السنية في لبنان، لأن قانون العائلة لم يعرض لهذه المسألة. أما المحاكم الجعفرية فتسير على المذهب الجعفري.

وإذا عجز الزوج عن دفع معجل الصداق، فهل يقتصر أثره على منع الزوجة نفسها من الزوج وعدم طاعته، أو يتعدى ذلك إلى ثبوت الحق لها في طلب فسخ الزواج؟

في ذلك رأيان: رأي بأنه لا يتعدى إلى طلب الفسخ بأي حال، وإليه ذهب الحنفية والجعفرية<sup>(٢)</sup> والحنابلة في أصح الروايات عندهم.

وآخر بأن لها الحق في ذلك وبه يقول المالكية والشافعية والحنابلة، في إحدى الروايات عندهم. غير أن منهم من جعل لها هذا الحق مطلقاً سواء دخل

(١) شرائع الإسلام ج ٣ ص ٢٤، فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٨٦ نقلاً عن صاحب الجواهر.

(٢) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٨٧.

بها أو لم يدخل ، ومنهم من قيد هذا الحق بما قبل الدخول ، أما بعده فلا يجوز لها هذا الطلب ولو فعلت لم تجب إلى ذلك .

ولعل هذا الرأي الأخير أعدل الآراء .

وإذا اتفقا على تأجيل المهر كله إلى أجل محدد صح ذلك التأجيل ، ويجب على الزوج أدائه عند حلول الأجل المعين ، فإذا طلقها قبل حلول الأجل فليس لها حق المطالبة حتى يحل الأجل ، وإن مات قبل حلول الأجل فلها حق مطالبة الورثة بعد الموت دون انتظار الأجل ، لأن التأجيل حق لا يورث .

وإذا لم يعينا أجلا أو ذكرا أجلا مجهولا جهالة فاحشة بطل التأجيل ، ولو أجلا نصفه من غير تعيين الأجل ، فبعض الفقهاء يرى أن التأجيل باطل فيجب تمجيده ، ومنهم من يرى أن التأجيل صحيح ، ويمتد مؤجلا إلى الطلاق أو وفاة أحد الزوجين ، لأن أحدهما أت لا معالة فيؤجل إلى أفرجها ما دام الزوجان قد ارتضيا التأجيل <sup>(١)</sup> .

وقد نص قانون حقوق الماثلة على ذلك في المادة - ٨٢ ونصها :

« إذا أجل المهر لمدة معينة فليس للزوجة المطالبة به قبل حلول الأجل ولو وقع الطلاق بينها ، أما إذا توفي الزوج فيسقط الأجل ، وإذا لم تعين مدة يعد مؤجلا لوقوع الطلاق أو لوفاة أحد الزوجين » .

والجعفرية يجوزون لها المطالبة قبل الأجل ، لأن التأجيل مجرد وعد يستعبد الرقابة به <sup>(٢)</sup> .

---

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٨٨ وقد وجع الرأي الثاني بقوله : وقد روي عن أبي يوسف ما يؤيد هذا القول فليراجع .

(٢) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٤٨٣ .

بمعني انه في حالة تأجيل المهر إلى أجل معين: هل يؤثر ذلك في طاعة الزوجة لزوجها أو لا ؟ .

والسألة فيها تفصيل بين ما إذا شرط الزوج الدخول قبل حلول الأجل ورضيت الزوجة ، وبين ما لم بشرط ذلك . فإن شرطه فقد اتفق أئمة الحنفية على أنه لا حق لها في الامتناع لأنها برضاها بالشرط أسقطت حقها فيه .

أما إذا لم يشترط ذلك فأبو حنيفة ومحمد يذهبان إلى أنه لا حق لها في الامتناع لأنها لما رضيت بتأجيل المهر فقد رضيت بتسليم نفسها قبل قبضه وهو إسقاط لحقها في تمجيله ، ولم يوجد من الزوج ما يدل على إسقاط حقه في الاستمتاع بزوجته الثابت له بمجرد العقد الصحيح ، وبهذا يقول الإمام أحمد بن حنبل <sup>(١)</sup> .

ويرى أبو يوسف أن للزوجة أن تمنع نفسها حتى يحين الوقت الذي أجل إليه المهر ، لأن الزوج لما طلب تأجيل المهر كله فقد رضي بإسقاط حقه في الاستمتاع وتأخير حقوقه الثابتة له بالعقد ، لأن حكم المهر أن يتقدم تسليمه على تسليم النفس بكل حال <sup>(٢)</sup> .

وأجيب على ذلك بأن المهر حكمه التقديم إذا كان ممجلاً أو مسكوتاً عن الوقت ، فأما إذا كان مؤجلاً تأجيلاً صحيحاً فمن حكمه أن يتأخر تسليمه عن تسليم النفس .

---

(١) اللغني ج ٦ ص ٧٣٨ الطيبة المبردة من الشرح الكبير .

(٢) البدائع ج ٢ ص ٧٨٨ وقد أفتى بعض فقهاء الحنفية بقول أبي يوسف استحالة .

## المبحث السادس

### ففي مؤكدات المهر :

قدّمنا أن عقد الزواج إذا كان صحيحاً يوجب المهر ، وأن العقد الفاسد لا يوجب إلا إذا لحقه دخول حقيقي بالمرأة ، فإذا دخل بها وجب المهر كاملاً سواء كان مهر المثل عند عدم التسمية الصحيحة أو الأقل منه ومن المسمى عند وجودها على الرأي الراجح عند الحنفية ، ومثله في ذلك الدخول بها بشبهة ، كأن تزوج امرأة لم يرها عند العقد ثم زفت إليه امرأة غيرها وقيل له إنها زوجتك فدخل بها بناء على هذا القول ثم تبين له أنها غيرها فإنه يجب عليه مهر مثلها ، لأنه في كلتا صورتين استوفى المتعة بالمرأة بدخوله بها ، فينتقل عليه مهرها ولا تبرا ذمته منه إلا بالأداء أو الأبراء .

أما المهر الذي وجب بالعقد الصحيح فإن وجوبه غير مستقر ، لأنه عرضة لأن يسقط كله أو نصفه <sup>(١)</sup> حتى يوجد ما يؤكده ، فإذا وجد ذلك المؤكد استقر وجوبه ولا تبرا ذمته إلا بالأداء أو الأبراء .

والمؤكدات للمهر أمور اتفق الفقهاء على بعضها واختلفوا في البعض الآخر . فاتفقوا على أنه يتأكد بأحد أمرين .

أولهما : الدخول الحقيقي بالزوجة ، لأن الزوج بدخوله بزوجه يستوفى حقه منها فينتقل حقه كاملاً في المهر سواء كان مسمى وقت العقد أو قدر بعده

---

(١) ليسقط كله إذا علمت الزوجة علماً يوجب الفرقة بينهما ، كما إذا ارتدت عن الإسلام أو فعلت ما يوجب حرمة المصاهرة ، فإن صدقتها بعد ذلك قبل الدخول ، لأن الفرقة رقت بسببها ، ويسقط نصفه إذا طلقها قبل الدخول أو كانت الفرقة بسبب من جانبها كردته أو فعله ما يوجب حرمة المصاهرة عند الحنفية

بالتراضي بينها أو بقضاء القاضي أو لم يكن مسمى ووجب مهر المثل بقيت الزوجية أو حصلت الفرقة بينها ، وإذا تقرر حقها في المهر كاملاً فلا تبرأ ذمته إلا بأدائه لها أو أبرائها له منه .

غير أنه يشترط في ذلك الدخول الموجب لكل المهر أن يكون واقعاً من بالغ ، وأن تكون المرأة سالحة للمخالطة الجنسية ، فإن كانا صغيرين لا يتقرر بدخولها كل المهر عند الحنفية والمالكية <sup>١١</sup> ولا يشترط في الدخول أن يكون حلالاً ، بل إن حصوله مع وجود المانع الشرعي كالحيض أو النفاس أو صكون أحدهما صائباً مثلاً يثبت به المهر .

ثانيهما : موت أحد الزوجين باتفاق المذاهب الأربعة ، وإن قصر المالكية على المهر المسمى حيث لا يوجبون لها شيئاً عند عدم التسمية ، وهو أحد الآراء عند الجعفرية <sup>(١٢)</sup> .

وموت أحد الزوجين يوجب المهر كله قبل الدخول أو الخلوة بالزوجة حتى ولو كانا صغيرين أو أحدهما . وإننا وجب المهر كله بالموت لأنه وجب بالعقد . وكان عرضة للفسخ من أحد الجانبين وبالموت تعذر الفسخ لانتهاء العقد به حيث إن الزواج للعمر وقد انتهى العمر بالموت فينتهي الزواج به ، والشيء تنقور أحكامه الممكنة بانتهائه ، والمهر حكم من أحكامه التي يمكن تقريره بالموت . ولأن المهر لما وجب بنفس العقد صار ديناً في ذمة الزوج ، والدين لا تسقط

(١١) خالف الشافعية في هذا الشرط .

(١٢) ولهم رأيان آخران أحدهما : أن لها نصف المسمى في الحالتين موت الزوج أو الزوجة . ثانيهما : التفصيل بين موت الزوج فيجب لها كل المهر ، وبين موت الزوجة فيجب لها النصف ، وإن كان بعضهم قد رجح القول بالتنصيف في الحالتين لصحة الروايات الدالة عليه ، وهذا الخلاف فيما إذا كان المهر مسمى ، أما إذا لم يكن مسمى فلا شيء لها وعليها العدة ولها الميراث . فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٨٩ .



بالموت فلا يسقط به المهر ، وإذا تقرر المهر فإن كانت الزوجة أخذت جزءاً منه قبل موت الزوج تقرر لها الباقي في تركته ، وإذا لم تكن أخذت منه شيئاً أخذته كله من تركه الزوج .

وإذا كانت الزوجة هي التي ماتت أخذ ورثتها المهر كله أو باقية من الزوج بعد خصم نصيبه منه لأنه يرثها فيما تركته ومنه المهر الذي لم تقبضه .

ثم إنهم يعد ذلك متفقون على أن موت أحد الزوجين مؤكد لكل المهر إذا كان الموت طبيعياً أو بقتل أجنبي ، أو كان بفعل الزوج بأن قتل نفسه أو قتل زوجته ، واختلفوا فيما إذا قتلت نفسها أو قتلت زوجها عمداً .

فإذا قتلت نفسها قبل الدخول بها ، فيرى زفر أنها لا تستحق شيئاً من المهر ، لأنها ارتكبت جناية فوقت بها على الزوج حقه في الدخول بها ، فيسقط حقها في المهر قياساً على ما إذا ارتدت عن الإسلام قبل الدخول أو الخلو بها .

ويرى الجمهور أنه لا يسقط مهرها بذلك للقتل ، لأن حق ورثتها تعلق بما لها ومنه المهر عند زهوق روحها فلا يسقط بفعلها ، لأن الشخص لا يملك إسقاط حق غيره .

والقياس على الردة قياس مع الفارق ، لأنه في حالة الردة لم يتعلق حق الورثة به فيسقط بخلاف حالة القتل فإن حقهم تعلق به فلا يسقط حق الغير .

وإذا قتلت زوجها عمداً فيرى زفر والشافعية أنها لا تستحق صداقها لأنها أنهت الزواج بمصية فوقت بها على الزوج حقه ، وأنهاء الزواج بهذه الصورة من قبلها يسقط المهر متى كان قبل الدخول ، كما إذا ارتدت بعد العقد وقبل الدخول .

والمالكية في ظاهر مذهبهم يوافقونهم في الجملة ، حيث إنهم منعوا تكميل المهر لثلاثيكون ذلك ذريعة لقتل النساء أزواجهن فتعامل بنقيض مقصودها .

وجهور الخفية ومعهم الحنابلة يذهبون إلى أن المهر لا يسقط بهذا القتل بل يتأكد المهر كله به ، لأن القتل وإن كان جنائية منها فله عقوبة مقررة وهي القصاص . فلو قلنا يسقط مهرها لأوجبنا عليها عقوبة زائدة لم تقرر شرعاً وهو غير جائز ، ولأن المهر في تلك الحالة للورثة لا لها فلا يحتمل السقوط بفعلها كما إذا قتلها زوجها .

ومن يتأمل تلك الآراء يرى أن أرجحها هو الرأي الأول والعمل به أصلح للجتمع ، إذ كيف تأخذ المهر كاملاً أو نصفه مع قتلها لزوجها عمداً وكونه لورثتها لا يؤثر لأنه يثبت لها أولاً ثم ينتقل إليهم بعد القصاص .

هذا والعمل في مصر ولبنان يجري على خلاف ذلك ، حيث يعمل بالراجح من مذهب الخفية أو بمذهب الجعفرية وهو لا يفرق بين قتلها وقتله على الرأي الراجح عندهم .

هذان الأمران اللذان يتأكد بهما المهر كله بالاتفاق بين الفقهاء جميعاً في الأول ، وباتفاق المذاهب الأربعة في الثاني .

وقد اختلفوا في تأكده بالخلاوة بعد العقد الصحيح .

يذهب المالكية والشافعية والجعفرية في المشهور عندهم <sup>(١)</sup> ، إلى أنها لا تقوم مقام البشرى في تأكيد المهر ، فإذا طلقها بعد الخلوة وجب لها نصف المهر المسمى . فإن لم يكن مسمى لها مهرأً وجبت لها المنة .

غير أن المالكية قالوا : لو أقامت معه في بيته سنة ، وكان بالفأ وهي تطبيق المخالطة ولم يفعل شيئاً يجب كل المهر لو انفسخ العقد بعد ذلك <sup>(٢)</sup> .

---

(١) / شرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٥ وفقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٩٢ .

(٢) / الشرح الكبير بمخاضة للسوقي ج ٢ ص ٣٠٠ .

ونهب الحنفية والحنابلة إلى أن الحلوة بالزوجة يتأكد بها المهر كله، وتسمى  
عندم بالدخول الحكمي .

غير أن الحنفية يشترطون في الحلوة أن تكون صحيحة ، وأما الحنابلة  
فلا يشترطون ذلك بدليل أنهم قالوا : لو لمسها أو قبلها بشهوة ولو بحضوره الناس  
تأكد لها كل المهر ولا يسقط ، ومثل ذلك لو نظر إلى ما لا يحل لغيره النظر إليه  
بشهوة ، بل زادوا على ذلك وجعلوا الحلوة في الزواج الفاسد موجبة للمهر في  
إحدى الروايتين<sup>(١٣)</sup> ، وسنبين حد الحلوة الصحيحة عند الحنفية بعد سوق الأدلة  
للرايين .

#### الأدلة :

استدل الأولون على ما ذهبوا إليه بقوله تعالى : « وإن طلقتموهن من قبل  
أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » البقرة / ٢٣٧ ، فقد أوجب  
نصف المهر المطلقة قبل المسيس في زواج فيه تسمية ولم يفصل بين حال وجود  
الحلوة وعدمها ، وهذه طلقها قبل المسيس فلا تستحق المهر كاملاً .

وقوله تعالى : « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن  
فريضة ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » ، فقد أوجب المتمتع في  
الطلاق بعد زواج لا تسمية فيه من غير فصل بين حال وجود الحلوة وعدمها .

ثم أبدوا ذلك بقوله تعالى : « وإن اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتن  
إحداهن قطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتانا وإثمًا مبيناً وكيف  
تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض » النساء / ٢٠ / ٢١ .

---

(٣) للفقهاء على المذهب الأربعة ج ٤ ص ١٢١ والمفتي ج ٦ ص ٧٧٧ لكنه صرح بأن  
الرواية الأخرى وهي عدم الرجوب بها أولى .

فإن هذه الآية نهت الأزواج عن أن يأخذوا من المهر شيئاً عند الطلاق بعد الدخول بالمرأة دخولاً حقيقياً ، لأنه عبر عنه بالأفشاء وهو الجماع ، وهذا يفيد أنها لا تستحق المهر كله عند المفارقة بالطلاق إلا بعد الدخول ، فيبقى ما وراء ذلك داخلاً تحت الآية الأولى ، والمطلقة بعد الختوة فقط مطلقة قبل أن تمس فأشبهت من لم يخل بها .

واستدل الموجبون لتام المهر ، بأن الزوجة يجب لها المهر كله بالدخول الحقيقي وفي الختوة قد مكنت زوجها من نفسها ليستوفي حقه ولم يمنعه مانع من ذلك ، فإن قصر الزوج في استيفاء حقه لا يتمدى بتقصيره إلى حقها لأنها لا تأخذه بتقصيره .

وهذا نظير ما إذا سلم المؤجر العين المؤجرة للمستأجر فإنه يستحق الأجرة سواء استوفى المستأجر المنفعة بالفعل أو لا .

وقد روى الإمام أحمد <sup>(١)</sup> عن زرارة بن أبي أوفى قال : « قضى الخلفاء الراشدون المهدون أن من أخلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب المهر ووجبت المدة » كما روي ذلك عن زيد بن ثابت وابن عمر ، ومثل هذه القضايا اشتهرت ولم ينكر عليهم أحد فيكون ذلك حكماً المقرر .

وأما ما استدلل به المخالفون من قوله تعالى : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » ، وقوله : « ما لم تمسوهن » في الآية الثانية فيحتمل أنه كني بالسبب عن السبب الذي هو الختوة بدليل فعل الصحابة .

وأما قوله تعالى : « وقد أفضى بعضكم إلى بعض » فليس الأفشاء نصاً في

---

(١) الفتن لابن قدامة ج ٦ ص ٧٢٤ و ص ٧٢٥ .

الدخول الحقيقي ، لأنه حكى عن الفراء<sup>(١)</sup> وهو حجة في اللغة أنه قال: «الأفضاء  
الخالوة دخل بها أو لم يدخل » وهذا صحيح كما يقول ابن قدامة والكاظمي ، لأن  
الأفضاء مأخوذ من الفضاء من الأرض وهو الموضع الذي لا نبات فيه ولا بناء  
ولا حاجز عن إدراك ما فيه ، وبهذا يتبين أن الخالوة الصحيحة تشارك الدخول  
الحقيقي في تأكيد المهر .

وهذا أخذ قانون حقوق العائلة حيث تقول المادة - ٨٣ - : « إذا سمى المهر  
في المقد الصحيح وتوفي أحد الطرفين أو وقع الطلاق بعد الاجتماع الصحيح يازم  
المهر المسمى تماماً » .

والمادة - ٨٤ - تقول: « إذا لم يسم المهر في المقد الصحيح ، أو سمى وكانت  
التسمية فاسدة ثم توفي أحد الطرفين أو وقع الطلاق بعد الاجتماع الصحيح يازم  
مهر المثل » .

فكلمة الاجتماع الصحيح في المادتين يراد بها الخالوة الصحيحة وليس المراد  
منها الدخول ، لأن هذا القانون في أكثر من مادة يعبر عن الدخول بلفظ المقاربة .  
وإذا وجب تمام المهر بالخالوة الصحيحة وجب بالدخول « المقاربة » من باب  
أولى . فهو في هذا يتفق مع مذهب الحنفية .

---

(١) القيداع ج ٢ ص ٢٩٢ .

## المبحث السابع

### في الخاوة الصحيحة وأحكامها :

وحد الخاوة الصحيحة عند الحنفية أن يجتمع الزوجان بعد المقد الصحيح في مكان يأمنان فيه من دخول أحد عليهما بدون إذنها أو يطلع عليها ، وليس هناك مانع يذمها من المحاطة الجنسية ، فإذا لم يكن المكان آمناً لا تكون صحيحة ، وإن كان آمناً ووجد المانع لا تكون صحيحة أيضاً .

والموانع - كاعتدها الفقهاء ثلاثة أنواع : حقيقي ، شرعي ، وطبعي .  
فالحقيقي ويسميه بعض الفقهاء بالحسي كالمرض الذي يحول بينها وبين التمتع الكامل ، والبهب الخلفي بالمرأة كالقرن والرتق<sup>(١)</sup> ، والصغر بأن يكون أحدهما صغيراً لا يمكن الاختلاط من مثله .

والشرعي : كأن يكون أحدهما سائماً في رمضان ، أو محرماً بحجة فريضة أو نفل أو بعمرة<sup>(٢)</sup> ، أو تكون المرأة حائضاً أو نفساء فكل ذلك مانع شرعاً ، لأن المحاطة الجنسية محرمة فيها شرعاً ، وفي الحيض والنفاس مانع طبعاً لأنه أذى والطبع ينفر عن استعمال الأذى .

والمانع الطبي : كإثـ يكون معها ثالث عاقل ولو كان صغيراً يستطيع

---

(١) الأول عظم في المض التسللي في المرأة . والثاني النهام فيه ، أما العيب فإن رجل فلا يمنع من الخاوة الصحيحة كالنمـ والخصاء باتفاق أبي حنيفة وصاحبيه . والجب كذلك غير مانع عند أبي حنيفة لتصور السحق منه والأيلاد . البدائع ج ٢ ص ٢٩٣ .

(٢) والمحاطة الجنسية فوق أنها محرمة شرعاً تفسد الصوم والحج والعمرة ، وأضاعها يوجب القضاء في الكل والكفارة في الصوم ، وهي أمور شقة تمنع الشخص من الإقدام على ما يفسدها .

التميز عما وقع بينها<sup>(١)</sup> لأن الإنسان يكره أن يقرب امرأته بحضور غيره ، ويستحي فيقبض عنه ، وهذا تقسم اعتباري ، ولهذا سمي بعض الفقهاء هذا المانع بالحسي لأن الشخص الثالث محسوس .

فإذا صحت الخلوة تأكد بها المهر . فلو طلقها بعد ذلك أو انفسح العقد بسبب من أسباب الفسخ ولو من جانبها وجب لها المهر كله متى كان العقد صحيحاً .

ولا تعتبر هذه الخلوة بعد الزواج الفاسد ، لأن المخالطة الجنسية فيه حرام . فكان المانع الشرعي قائماً ، ولأن الخلوة تؤكد المهر بعد وجوبه بالمقد ، والعقد الفاسد لا يوجب المهر فلا يتصور تأكيد شيء لم يوجد .

وإذا كانت الخلوة الصحيحة يتأكد بها المهر بالدخول الحقيقي فهي لا تأخذ حكمة في كل شيء ، بل تتفق معه في بعض الأحكام وتخالفه في بعضها الآخر وإليك البيان لمواضع التوافق والتخالف :  
الأحكام التي يشتركان فيها .

تشارك الخلوة الصحيحة مع الدخول الحقيقي فيما يلي :

١ - تأكيد المهر كله للزوجة كما سبق بيانه .

٢ - وجوب العدة على الزوجة إذا وقعت الفرقة بعد الخلوة الصحيحة<sup>(٢)</sup>

---

(١) أما إذا كان معها صغير لا يميز أو مجنون أو مفسى عليه فلا يقع الخلوة واختار الكمال بن الهمام أن وجود المجنون يمنع صفة الخلوة وهو اختيار وجيه .

(٢) أما الخلوة الفاسدة فتجب بها العدة احتياطاً مع وجود المانع الشرعي لأن الدخول الحقيقي يمكن معه في ذاته بل مع وجود المانع الطبيعي وهو وجود شخص ثالث كما يقول صاحب البدائع ج ٢ ص ٢٩٤ والعدة يحتاط في إثباتها ولم يجب بها المهر كله لأن الأمور لا تجب بالشك .

كما يجب به بعد الدخول ، لكن يلاحظ أنها وإن اتفقا في وجوب المدة إلا أن وجوبها بالدخول وجوب ظاهراً وإطنافاً ، أي قضاء وديانة لأنها حق الشاوع وحق الولد الذي قد يأتي ثمرة لهذا الدخول . فيحرم عليها التزوج قبل انقضائها ، أما في حالة الخلوة فوجوبها إنما هو في الظاهر فقط ، أي في نظر القضاء . فالمرأة إذا كانت متيقنة بعدم مخالطة زوجها لها أثناء الخلوة فإنه يحل لها ديانة . أي بينها وبين الله أن تتزوج من غير أن تعتمد بعد ذلك الطلاق ، لأنه طلاق قبل الدخول حقيقة فلا يوجب المدة . كما ذهب إليه بعض فقهاء الحنفية ، وإذا وجبت المدة على الزوجة بالفرقة بعد الخلوة الصحيحة ترتبت عليها أحكام المدة وهي :

١ - وجوب النفقة بأنواعها التي تثبت لكل معتدة .

٢ - حرمة التزوج بامرأة أخرى تكون محرماً للمعتدة ما دامت في عدتها ، لأنه يكون حاملاً بين محرمين .

٣ - يحرم عليه التزوج بخاتمة ما دامت الصلصة قلقة إذا كان له ثلاث زوجات غير تلك المطلقة ، لأنه يكون جامعاً لأكثر من أربع زوجات .

بقي حكم أخير تشترك فيه الخلوة والدخول بالزوجة وهو ثبوت نسب الولد من الزوج إذا توافرت شروط ثبوت النسب ، كما يثبت نسبه منه بعد الدخول .

وهذا في الواقع ليس حكماً للخلوة ولا للدخول ، بل هو حكم لمقد الزواج الصحيح وإن لم يعقبه دخول ولا خلوة كما يذهب إليه الحنفية <sup>(١)</sup> احتياطاً

---

(١) ويمكن تصوير جعل ثبوت النسب حكماً للخلوة كالللدخول فيها إذا طلقها بعده وأنت بولد لأكثر من ستة أشهر من تاريخ الطلاق فإن نسب الولد يثبت منه كما لو طلقها بعد الدخول وأنت بالولد في تلك المدة فإنه يثبت نسبه . أما إذا طلقها قبل الخلوة أو الدخول فإنه لا يثبت نسبه إلا إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من تاريخ الطلاق .



منهم وحرصاً على عدم ضياع الولد .

الأحكام التي يختلفان فيها :

تختلف الخلوة عن الدخول في الأحكام الآتية :

١ - حرمة بنات الزوجة تكون بالدخول الحقيقي بها ، أما مجرد الخلوة الصحيحة فلا يترتب عليها حرمة البنات ، فلو تزوج رجل امرأة ودخل بها ثم طلقها فإنه يحرم عليه التزوج بإحدى بناتها بعد ذلك ، أما لو طلقها بعد الخلوة بها فيحِلُّ له التزوج بإحدى بناتها ، لأن القرآن علق تحريم الرائب على الدخول .  
« وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » .

١ - إحلال المطلقة ثلاثاً لطلقها ، فلو طلق الرجل زوجته ثلاثاً فإنها لا تحل له بعد ذلك حتى تتزوج زوجاً آخر ، فإذا تزوجها الثاني ودخل بها دخولاً حقيقياً ثم طلقها وانقضت عدتها حلت للأول ، أما لو طلقها بعد الخلوة الصحيحة فلا تحل له لحديث : « لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك » ، وهو كناية عن الدخول الحقيقي فبقى ما دونه على التحريم .

٣ - الطلاق الواقع بعد أحدهما فإنه بعد الدخول الحقيقي يكون رجعيًا وبائناً ، أما بعد الخلوة الصحيحة فإنه لا يكون إلا بائناً على أي صورة وقع من الزوج ، ويترتب على ذلك أن المطلق بعد الدخول يستطيع مراجعة زوجته بدون عقد جديد إذا كان طلاقه السابق رجعيًا ، أما المطلق بعد الخلوة فلا يستطيع إرجاعها إلا بمقدد جديد .

٤ - إن المدخول بها تزوج الثيبات من أنه لا بد في تحقق رضاها من أذنها الصريح ، أما المختل بها فقط فتتزوج زواج الأبقار لأنها لا زالت بكرًا فيكتفي في رضاها بمجرد السكوت .

٥ - الميراث ، إذا طلق الرجل امرأته بعد الخلوة الصحيحة ومات أحدهما في أثناء العدة فلا يرث أحدهما الآخر ، لأن الطلاق بعدهما يكون بائناً على أي شكل وقع ، ولا يرث في عدة البائن . يستوي في ذلك أن يكون طلاقه فراراً من الميراث وهو الطلاق في مرض الموت من غير رضاها أو لم يكن كذلك . أما إذا طلقها بعد الدخول ومات أحدهما في العدة ، فإنه يرث أحدهما الآخر إذا كان الطلاق رجعياً ، بل إنه يثبت للزوجة في عدة الطلاق البائن إذا كان الطلاق في مرض موته ، لأنه يعتبر فراراً من ميراثها فيعامل بنقيض مقصوده .

فالفرق بينهما فيما إذا كان الطلاق بائناً قصده الفرار من الميراث، والميراث لا يثبت إلا بيقين بوجود سببه لأنه حق مالي لا يثبت احتياطاً .

٦ - الأحصان . فإن الدخول يحمل كلا من الزوج والزوجة محصنين بحيث تطبق عليهما عقوبة الرجم في الزنى ، أما الخلوة الصحيحة فلا تجعلهما محصنين فتطبق عليهما عقوبة الجلد عند الزنى إن لم يكن سبق لهما زواج ودخول .

#### الاختلاف في حصول الخلوة :

إذا اتفق الرجل والمرأة بعد الطلاق قبل الدخول على أنه حصل بعد الخلوة الصحيحة ثبتت أحكامها السابقة ، وإن اختلفا في ذلك فغالت المرأة : إنه حصل بعد الخلوة فتستحق كل المهر ، وقال الرجل : إنه حصل قبل الخلوة فلا تستحق إلا نصف المهر كان على المرأة البينة لإثبات دعواها ، لأنها تدعى خلاف الأصل إذ الأصل عدم الخلوة لأنها طارئة عليه ، وعلى من يدعى خلاف الأصل إثبات مدعاه . فإن أقامت البينة كان لها المهر كله ، وإن عجزت عن إقامتها لم يبق إلا اليمين من حلفه صدق وحكم بمقتضى قوله . ولكن لأي منهما يوجه اليمين ؟

كتب الفقه الحنفي تذكر في المسألة قولين :

أولهما : أنه يرجع اليمين إلى الرجل ، فإن حلف أنه طلقها قبل الخلوة قضى بقوله ، فلا تستحق إلا نصف المهر إن كان مسمى ، فإن لم يكن مسمى تسمية صحيحة استحققت المتمه . وسيأتي بيانها .

وثانيهما : إن اليمين توجه إلى المرأة ، فإذا حلفت على ما تدعيه وهو أن الطلاق كان بعد الخلوة الصحيحة استحققت كل المهر المسمى أو مهر المثل إن لم يكن مسمى .

ونحن إذا طبقنا القاعدة القائلة « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » وعرفنا أن الخلاف هنا بين الرجل والمرأة في وجود المؤكد للمهر وهو الخلوة ، وإن المرأة تدعى وجودها ولذلك طالبناها بالبينة ، والرجل ينكرها ولذلك قلنا لا بينة عليه لأنه يتمسك بالأصل . إذا فعلنا ذلك انتبهنا إلى أن اليمين توجه للرجل ويكون القول قوله إذا حلف ، لأن المرأة التي تدعي خلاف الأصل عجزت عن البينة ، فيكون هو الراجح لمرافقته للقاعدة ، وأما ترجيح ابن عابدين القول الثاني وهو أنه يرجع اليمين إلى الزوجة ، ويكون القول قولها مع يمينها وتصويره لها بأنها منكرة لما ينصف المهر وهو الطلاق قبل الدخول والخلوة لأن المهر كله ثبت بالعقد والتنصيف له عارض وهي تنكره . هذا الترجيح بناء على هذا التصوير غير مسلم ، لأنه يقترب عليه أن تكون المرأة مدعية ومنكرة في آن واحد والرجل لا يكون له صفة في هذا النزاع مع أن كل نزاع غالباً يقوم على ادعاء من طرف وإنكار من الطرف الآخر .

وإذا جعلناها منكراً للمعرض وهو يدعيه فلم نلزمه بالبينة على دعواه من أول الأمر ؟

تلك هي الأسباب التي يتقرر بها المهر كله عند الحنفية .

وزاد بعضهم سبباً رابعاً . وهو أن يزول بكارتها بغير الطريق المعتاد ، كان

يزيلها بأصبع أو نحوه . ولكن هذا لا يعتبر سبباً مفيراً لأنه إن فعل ذلك في خلوة صحيحة كان تأكيد المهر بالخلوة الصحيحة ، وإن لم يكن في خلوة فلا يجب بهذا شيء ، فإن طلقها بعد ذلك وجب عليه نصف المهر .

ويدل لذلك أن الحنفية قرروا : أن الزوج إذا دفع زوجته في غير خلوة دفعه شديدة فأزال بكارتها ثم طلقها قبل الدخول لا يلزم إلا بنصف المهر ، ولا يلزم بتعريض عن إزالة البكارة<sup>(١)</sup> أما إذا لم تكن امرأته فدفعها دفعة شديدة أزال بها بكارتها ثم تزوجها كانت لها عليه مهر مثلها بسبب إزالة البكارة والمهر الذي ساء لها .

وبما ينبغي ملاحظته هنا أن الرجل لو طلق امرأته طلاقاً بائناً بعد الدخول بها ثم عقد عليها عقداً جديداً في المدة ، فإنه يجب لها كل المهر الثاني بمجرد العقد بدون دخول أو خلوة ، لأن وجودها في المدة قائم مقام الخلوة وزيادة لبقاء حكم الدخول الأول بدليل أنها لو أتت بولد لزمه<sup>(٢)</sup> . والحنفية يوجبون لها نصف المهر : يقول الحلي في شرائع الإسلام<sup>(٣)</sup> : لو طلقها بائناً ثم تزوجها في عدته ثم طلقها قبل الدخول كان لها نصف المهر .

---

(١) يقول ابن قدامة في المنى ج ٦ ص ٧٢٨ : إذا دفع زوجته فأنهب عذرتها ثم طلقها قبل الدخول فليس عليه إلا نصف صداقها وقال أبو يوسف ومحمد عليه الصداق كاملاً لأنسه أنهب عذرتها في نكاح صحيح فكان عليه المهر كاملاً كما لو وطئها . ١٠ هـ

فإن صح هذا النقل عنهما كان في النكاح رأيان ، والحنفية يذهبون إلى وجوب المهر كاملاً بذلك . فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٩١ .

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة ج ٤ ص ١١٤ . وقال الشافعي وأحمد لها نصف للسمي لأنه طلاق قبل الدخول فإن لم يكن دخل بها في الأول فعليه نصف الصداق الأول ونصف الصداق الثاني بلا خلاف . المنى لابن قدامة ج ٦ ص ٧٠ .

(٣) ج ٦ ص ٣٦ .

## المبحث الثامن

فيما يتأثر به المهر بعد وجوبه

عرفنا ما يتأكد به المهر فيتقرر بأكملة بالدخول والخاوة الصحيحة ، وموت أحد الزوجين ، فإذا حصلت الفرقة بعد ما وجب المهر كاملاً سواء كان المسمى أو مهر المثل .

أما إذا حصلت الفرقة قبلها فلا يجب المهر كله ، بل ثلثه ينتصف ، وأخرى يسقط إلى بدل ، وثالثة لا إلى بدل فتلك حالات ثلاث وإليك تفصيلها :

الحالة الأولى : حالة التنصيف وهي التي يجب فيها نصف المهر .

يجب نصف المهر إن كان مسمى تسمية صحيحة وكانت الفرقة من قبل الزوج سواء كانت طلاقاً أو فسخاً<sup>(١)</sup> . كالفقرة بلفظ الطلاق أو التفريق بعيب فيه أو بسبب ارتداد الزوج عن الإسلام ، أو إيثاقه عنه إذا كان غير مسلم وأسقط زوجته أو ارتكابه ما يوجب حرمة المصاهرة .

ولا يستثنى من ذلك إلا صورة ما إذا كانت الفرقة بسبب خيار البلوغ ، أو الإفاقة فيما لو زوج الصغير أو المجنون غير الأب والجد المرفوقين بعين الاختيار من الأولياء فإنه يثبت له الخيار في فسخ العقد عند البلوغ أو الإفاقة . فإذا اختار فسخ العقد لا يلزم بشيء من المهر ، لأننا لو أوجبنا عليه نصف المهر

---

(١) الفرق بينهما أن كل فرقة اعتبرت طلاقاً تحسب من عدد الطلقات والتي اعتبرت فسخاً لا تحسب منها ويظهر ذلك فيما إذا رجعت الزوجة فإنه يملك عدد الطلقات كلمة إذا كانت السابقة فسخاً .

كثيره لم يكن لهذا الخيار فائدة ، لأنه حينئذ يستوى الفسخ والطلاق الذي يملكه كثيره فتتحصّر فائدته في إعفائه من المهر عند اختياره الفسخ ، وأيضاً إن فسخ العقد بالخيار رفع له من أساسه كأنه لم يكن فأيجاب نصف المهر عليه في هذه الحالة أيجاب له من غير سبب موجب ولم يقل بذلك أحد .

والدليل على أيجاب نصف المهر في هذه الفرقة قوله تعالى : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » البقرة / ٢٣٧ . فهذه الآية توجب نصف المهر في الطلاق قبل الدخول إذا كان مفروضاً أي مقدراً فيقتصر التتصيف على المهر المسمى ، ويلحق بالطلاق كل فرقة جاءت من جانب الزوج ، أما مهر المثل الذي يجب عند عدم التسمية الصعيحة فلم يرد نص بتتصيفه ، فيبقى وجوبه كاملاً في الصور التي يجب فيها كمال المهر ، ويجب بدل نصفه المتعة ، هذا قدر متفق عليه بين الفقهاء وبه أخذ قانون حقوق العائلة في المادة ٨٣ في فقرتها الثانية ونصها « أما إذا وقع الطلاق قبل الاجتماع الصحيح يسقط نصف المهر المسمى » .

ولكن الفقهاء اختلفوا في المراد بالمهر المسمى الذي ينصف أم هو المسمى عند العقد فقط فلا يتناول المسمى بمده بتراضي الزوجين أو بقضاء القاضي عند اختلافهما فيه ولا الزيادة في المهر على المسمى بالعقد أو يتناول كل ذلك ؟

فذهب الحنفية في الراجح عندهم إلى أن المراد به المسمى وقت العقد فقط فلا ينصف ما سمي بمده ولا ما زيد عليه من جانب الزوج . فلو تزوجها بدون تسمية للمهر وقت العقد ثم سمي المهر بعد ذلك بالتراضي أو بالقضاء ثم طلقها قبل الدخول والحلوة فلا يجب لها إلا المتعة ، ولو زاد على المسمى شيئاً وطلقها كذلك وجب لها نصف المسمى وتسقط الزيادة .

وذهب الجمهور إلى أن التتصيف يكون للكل في حالة الزيادة وفي حالة التسمية بعد العقد ، وسبب الخلاف يرجع إلى اختلافهم في المراد بالمفروض

الذي ينصف في الآية « فنصف ما فرضتم » فيرى الجمهور أنه المقروض مطلقاً سواء كان وقت العقد أو بعده ، لأن الفرض معناه التقدير وهو شامل لكل هذا .

والحنفية يقولون إنه المقروض وقت العقد أو المتفق عليه قبله لأنه في عرف الناس كذلك : وكلام الشارع يفسره العرف فيعمل بالمتعارف وإن كان مخالفاً للوضع اللغوي .

والفصل بين الرأيين موقوف على وجود العرف الذي يدعيه الحنفية والظاهر أنه غير موجود ..

وهذا يكون وجوب نصف المهر مشروطاً بشروط أربعة على ما هو المعمول به في مصر ولبنان ؟

١ - أن يكون عقد الزواج صحيحاً .

٢ - أن يكون المهر مسمى عند العقد تسمية صحيحة فلا يتنصف مهر المثل ، ولا المقروض المفوضة بعد العقد خلافاً للجمهورية فإنه يتنصف عندهم ولا الزيادة عليه .

٣ - أن تقع الفرقة قبل الدخول أو الخلوة عندنا ، وقبل الدخول عند الجمهور .

٤ - أن تكون الفرقة من قبل الزوج .

فإذا وقعت الفرقة قبل أن تقبض الزوجة شيئاً من المهر كان على الزوج أن يسلمها النصف الذي استحقته وسقط عنه النصف الآخر بدون حاجة إلى قضاء ، لأنه إن كان المهر ديناً في ذمة الزوج فقد سقطت المطالبة بنصفه ، وإن كان عيناً فإن يده ثابتة عليه . ولذلك جاز تصرفه فيه بعد الطلاق ويكون نافذاً فلا يحتاج إلى قضاء ، أما إذا قبضته فلا يعود إليه نصفه إلا بتراضيهما أو بقضاء القاضي ، لأن الزوجة تملك المهر بالعقد الصحيح وهو سبب من أسباب

الملك، فإذا قبضته تعينت ملكيتها فيه وقوت فلا تزول هذه الملكية إلا بالبيع وهو إما بالتراضي أو بقضاء القاضي ، ولذلك تنفذ تصرفاتها فيه بعد قبضه من غير توقف على رضاه ، ولو تصرف هو كان تصرفه موقوفاً على إجازتها أو الحكم به ، فإذا تصرفت فيه بالبيع مثلاً نفذ بيعها ، فإن طلقها قبل الدخول فقد تمدد زد النصف فتضمن قيمة النصف وتمتد القيمة من يوم القبض ، أما إذا تصرف فيه بالبيع قبل أن تقبضه فإن تصرفها ينفذ أيضاً فإذا ما طلقها قبل الدخول أو الخلوة كان عليها نصف القيمة يوم البيع ، فإذا كانت قيمته وقت البيع تساوي مائة ثم نزلت قيمته عن ذلك كانت ملزمة له بخمسين .

هذا عند الحنفية ، ويذهب الجعفرية إلى أنه لا فرق بين الحالتين فيعود إليه النصف بالطلاق دون توقف على رضاها أو قضاء القاضي ، ولهذا كانت تصرفات الزوج فيه نافذة بدون توقف على شيء ما دامت العين باقية ، وكذا تصرفات الزوجة ما دامت تصرفت قبل الطلاق .

والحكمة في إيجاب نصف المهر في هذه الحالة تعويض المرأة عما لحقها من الضرر بفرقة لا دخل لها فيها وتشفيف عن الرجل بمتهم إلزامه بكل المهر ففيه مراعاة للجانبين جانب الرجل وجانب المرأة ، لأننا لو نظرنا إلى جانبه وجدناه لم يستفد شيئاً من هذا الزواج ، لأن المفقود عليه يرجع إلى المرأة سالماً وهذا يقتضي عدم إيجاب شيء من المهر .

ولو نظرنا إلى الزوجة وجدناها ملكت زوجها بالعقد حق الاستمتاع بها ولم تمنع من استيفاء حقه وهو الذي قوت هذا الحق على نفسه بالطلاق وهذا يقتضي إيجاب كل المهر لما بقي إيجاب كل المهر أهدار لجانب الرجل ، وفي إلغائه كله إهدار لجانب المرأة فكان الحكم الوسط الذي يعرض المرأة ويجبر كسرهما ولا يتقل كاهل الرجل .  
الحالة الثانية : التي يسقط فيها المهر إلى بدل . وهي التي يجب فيها المتعة . المتعة : هي المال الذي يعطيه الرجل للمرأة بعد الفرقة بينها بطلاق أو فسخ



سواء كان هذا المال نقداً أو ثياباً أو غير ذلك . وهي نوعان . واجبة ومستحبة . فتجب للزوجة في كل فرقة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة من جهة الزوج إذا لم يكن لها مهر مسمى تسمية صحيحة <sup>(١)</sup> وهي المفوضة ، والدليل على وجوبها في هذه الحالة قوله تعالى لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تسموهن أو ترضوا لمن فريضة ومتوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين ، ولأنها وجبت عوضاً عن نصف المهر وهو واجب فتأخذ حكمه لأن بدل الواجب واجب .

ولما كانت الآية واردة في الطلاق وهو من جانب الرجل ذهب الجعفرية إلى أنها تجب على الزوج في كل فرقة تعتبر طلاقاً ، ولكن الحنفية يذهبون إلى وجوبها في كل فرقة من جانبه قبل الدخول سواء اعتبرت طلاقاً أو فسخاً ، لأن الحكمة في أيجابها التخفيف عن المرأة لا أضرارها من الألم والوحشة بقطع وصلة التلاخ من جانب الرجل دون أن يكون لها دخل في ذلك وتمويضها عما فاتها من نصف المهر لو كان لها مهر مقدر . ويستوي في ذلك أن تكون الفرقة طلاقاً أو فسخاً .

### مقدار المنة

والمنة الواجبة كسوة كاملة للمرأة بما تلبسه للخروج من المنزل عادة أو قيمة ذلك من نقود وغيرها ، والمعتبر فيها عرف كل بلدة فيما تكتسي به المرأة خارج بيتها . وهو يختلف باختلاف أحوال الناس . فإن تراخيا عليها فذاك ، وإلا فرضها القاضي . وتعدد القهء لها بالثياب من درع وخمار وملحفة <sup>(١)</sup> كان باعتبار عرف

(١) فمدار وجوبها على فساد تسمية المهر من كل وجه والفرقة قبل الدخول والخلوة ، فإن كانت التسمية صحيحة من وجه دون وجه كما إذا سمي مائة دينار ومقداراً من الثمن فإنه يلحق الفساد ويستبر الصحيح هو المهر في نصف . أما بعد الدخول فلها مهر التل .

(٢) الدرع ما تلبسه المرأة فوق القميص والخمار ما تغطي به الرأس والملحفة ما تلبسه فوقه

زمانهم بدليل أنهم نصوا على أن المعتبر في المتعة عرف كل بلد فيا تكنسي به المرأة عند الخروج . كما نصوا على أن الزوج لو دفع لها قيمة المتعة أجبرت على القبول .

وهي على الأجمال لها حد أدنى وحد أعلى . فحدها الأدنى عند الحنفية ألا تقل عن خمسة دراهم لأنها نصف أقل المهر الواجب شرعا . وهي وجبت عوضا عن نصف المهر المسمى ، ولا تزيد عن نصف مهر المثل ، لأن مهر المثل هو الواجب لها لو فارقتها بعد الدخول في هذه الحالة .

ومعنى ذلك أنها لو قدرت لا تقل عن ذلك ولا تزيد عن هذا لكن الزوج لو طوع بأكثر من هذا وأعطاهما باختياره فلا بأس في ذلك . وعند تقديرها : يراعى حال الزوج <sup>(٢)</sup> من اليسار والأعسار وهو قول أبي يوسف لقوله تعالى « فتمتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » فهو صريح في أن تقدير المتعة يكون بحال الزوج من اليسر والعسر ، ولأنه هو المكلف بدفعها فلو كلفناه وهو فقير وهي غنية بمثل ما تكسى به كلفناه بما ليس في وسعه . « لا يكلف الله نفسا إلا وسعها » .

وهذا هو الرأي الراجح عند الحنفية ويوافقهم في ذلك الجعفرية <sup>(٣)</sup> لموافقته لصريح النص واتفاقه مع قواعد التكليف . وقد نص قانون حقوق العائلة على وجوب المتعة في هذه الحالة في الفقرة الثانية من المادة ٨٤ ونصها « أما إذا وقع

---

= ثيابها وبعض الفقهاء يمددا قميص وأزار وملعقة . ويريد بالأزار ما يلبس فوق القميص وتحت اللحفة .

(٢) وفي المذهب ، رأيان آخران ، أولهما أنها تجب حسب حالة الزوجة ، لأنها وجبت بدلا عن مهر المثل الذي لا ينصف وهو معتبر بحالها ، وثانيهما : أنها تجب بحسب حالها مما . راجع البدائع ج ٢ ص ٣٠٤ .

(٣) المختصر النافع ص ١٣٣ يقول : ويمتنع في المتعة حاله فالنفي يمنع بالثوب المرتفع أو عشرة دنائير والفقير بالخاتم أو الدرهم والمتوسط بينهما .

الطلاق قبل الاجتماع الصحيح فتزوم المتعة « وهي عبارة عن قبض وإزار وملحقة « وتعين المتعة حسب العرف والمادة على شرط أن لا تتجاوز مهر المثل « ووجوبها إذا لم يكن المهر مسمى تسمية صحيحة كما نصت عليه الفقرة الأولى من تلك المادة .

لكن يلاحظ أن هذه الفقرة جعلت الحد الأعلى للمتعة مهر المثل . وهو غير صحيح لأن المقرر في المذهب الحنفي وهو مصدر هذا الحكم صريح في أن الحد الأعلى لها نصف مهر المثل . ولأن هذه المرأة لو طلقت بعد الدخول أو الخلاء يجب لها مهر المثل . فزوم على هذا أن تستوي الحالتان الفرقة قبل الدخول وبعده وليس لها نظير أصلاً .

فالظاهر أن عبارة المادة سقط منها كلمة « نصف « وصوابها « أن لا تتجاوز نصف مهر المثل »

أما المتعة المستحبة . فهي لكل مطلقة بعد الدخول سواء سمى لها مهر أو لا ، وللمطلقة قبل الدخول إذا كان لها مهر مسمى على الصحيح في المذهب الحنفي متراً كانت الفرقة من جانب الرجل إلا إذا ارتد أو أبى الدخول في الإسلام فإن المتعة لا تستحب في حقه لأن الاستحباب فضيلة لا تطلب إلا من المسلم لقوله تعالى « وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين » البقرة / ٢٤١ .

ولأن أعطاء المتعة في تلك الحالات يكون من التسريع بأحسن المأمور به .

الحالة الثالثة التي يسقط فيها المهر كله لا إلى بدل

يسقط المهر كله بعد ثبوته بالمقد الصحيح إذا طرأ عليه سبب من الأسباب الآتية :

١ - إذا وهبت الروجة لزوجها كل المهر قبل الدخول أو بعده فأنه يسقط عنه متى كانت من أهل التبرع وقبل الزوج الهبة في المجلس . سواء كانت الهبة قبل قبض المهر أو بعده <sup>(١)</sup> وكذلك إذا أبرأته منه وهي رشيدة وكان ديناً في ذمة

(١) قيد ذلك صاحب البدائع بما إذا كان المهر ديناً أما إذا كان ديناً فإن هبته تصح إذا كان قبل القبض . والدين هو ما يثبت في الذمة كالدرهم والدينار والكيلا والروزونات مما تبين بالوصف والعين هو المعين بالأشارة . ج ٢ ص ٢٩٥ .

الزواج سواء كان قبل الدخول أو بعده . وقد تم توضيحه في مسألة الخط من المهر .

٢- إذا حصلت الفقرة بينها بسبب من جانبها قبل الدخول أو الخلو للصبيحة .  
سواء كان هذا السبب أمرا مشروعا . كما إذا كان لها خيار البلوغ أو الأفاقة  
إذا زوجها وليها غير الأب والجد وهي صغيرة أو مجنونة ثم بلغت أو أفاقت  
واختارت فسخ الزواج أو كان أمرا غير مشروع كارتدادها عن الإسلام أو  
إلحاقها عنه إذا أسلم زوجها ولم تكن كتابية أو ارتكبت ما يوجب حرمة المصاهرة  
فإن عقد الزواج في تلك الصور يفسخ ولا مهر لها ، لأن إقدامها على ما يوجب  
الفسخ قبل أن يتأكد المهر دليل على تنازلها عنه . بخلاف إذا كان ما فعلته  
معصية ، ومثل ذلك إذا كان الفسخ من قبل وليها ، كسبا إذا زوجت نفسها  
بدون كفه أو بأقل من مهر المثل واعترض وليها المصحب على العقد وطلب فسخه  
وأجيب إلى طلبه ، لأن فسخ العقد وإن كان من وليها مباشرة إلا أنها هي التي  
تسببت فيه بترويجها بمن يمترض عليه وليها . فكانها هي التي فسخته .

وقانون حقوق العائلة ينص على ذلك صراحة في الفقرة الثالثة من الماد ٨٣  
فيقول : « وإذا وقع الفراق من طرف الزوجة بإحدى الصور كما لو فرق الزوج  
وليها بسبب عدم الكفاية يسقط تمام المهر المسمى » وهي مقيدة بالفراق قبل  
الاجتماع الصحيح لأنها مطوقة على الفقرة التي قبلها وفيها هذا التقييد . وقد تقدم نصها .

٣- إذا فسخ الزواج بسبب مشروع من جهة الزوج قبل الدخول أو الخلو  
كاستيثاره الفسخ عند البلوغ أو الأفاقة ، لأن هذا الفسخ نقض للعقد من أساسه ،  
وإذا نقض العقد لم يبق سبب موجب للمهر .

٤- إذا خالعت الزوجة زوجها على المهر كله قبل الدخول أو بعده فإنه يسقط  
كله ، كما يقول صاحب البدائع .

## المبحث التاسع

### في ولاية قبض المهر والتصرف فيه

قدعنا أن المهر حكم من أحكام العقد وأنه يثبت حقاً للزوجة بمجرد العقد الصحيح سواء كان مسمى في العقد أو لا ، ولا تتوقف ملكيتها له على القبض حتى جاز لها التصرف فيه قبل قبضه .

وإذا تم العقد فلن تثبت ولاية قبض المهر. أثبتت للماقد وليا كان أو وكلا أم للزوجة ؟

الأمر لا يخلو من أن تكون الزوجة كاملة الأهلية أولا . فإن كانت كاملة الأهلية ثبت الحق لها سواء تولت هي العقد بنفسها أو تولاه غيرها وليس لأحد سواها ولاية قبضه إلا بأذن الصريح أو الضمني .

فإذا قبضه غيرها بدون أذنها لا تبرأ ذمة الزوج منه وكان لها حق مطالبة به وهو يرجع على من أقبضه ، وإن كان القبض بأذنها برئت ذمته . ولا يستبر سكوتها عند القبض رضا منها بذلك إلا فيما إذا كانت بكرا وكان القابض أباً أو جدماً لأبيها لجريسان العامة بقبض الآباء والأجداد مهوور الأبيكار من بناتهم لاستحيائهن من المطالبة بالمهر. فاعتبر السكوت إذناً بالقبض دلالة بشرط ألا يوجد منها ما يدل صراحة على عدم رغبتها في قبض الولي له كأن تنهي الزوج عن دفعه إليه لسبب من الأسباب .

فإن وجد لا يعتبر قبضه صحيحاً فلا تبرأ ذمة الزوج منه ، أما غير الأب والجد من الأولياء فليس لهم ولاية القبض إلا بالأذن الصريح ، وكذلك الوكيل عنها في عقد الزواج لأنه مجرد سفير ومعبّر عنها .

وبلاحظ هنا أن المأثون له في قبض المهر المسمى وإن كان أباً أو جداً ليس له قبض غيره وأن كان مساوياً له في القيمة لأنه يكون استبدالاً وهو لا يملك ذلك بالنسبة لكاملة الأهلية ، وقد سبق بيان حق الزوجة في الامتناع عن الزواج والدخول في طاعته حتى يوفى مهرها المصبل .

وإن كانت الزوجة فاقدة الأهلية لصغرها أو جنونها أو كانت محجوراً عليها لسفه أو غفلة فصاحب الحق في قبض مهرها من له الولاية على أموالها وهو عند الحنفية واحد من ستة : الأب ثم وصيه فإن لم يكنوا فالجد ثم وصيه فإن لم يكن أحد من هؤلاء فالقاضي ثم وصيه بهذا الترتيب .

وعلى هذا فقد تجتمع الولايتان « ولاية الزواج وولاية المال » لشخص واحد كالأب والجد ، وقد تفرقتان فيكون للزواج ولي والمال ولي آخر كالعم ووصي الأب فإن أولها ولي في الزواج والثاني ولي في المال . فإذا قبض واحد من أولياء المال المهر صح قبضه وبرئت ذمة الزوج منه لا تملك بعد زوال سبب الولاية مطالبة الزوج بالمهر مرة أخرى ، بل تطالب وليها الذي قبضه .

وإذا قبضه واحد غير هؤلاء لا يستبر قبضه وكان لها حق مطالبة الزوج به بعد البلوغ أو رفع الحجر ، لأن ذمته لم تبرأ بالنكح إلى غير الولي المالي ، ويرجع على من أقبضه إياه .

وعلى هذا إذا كان للصغيرة اليتيمة أو المجنونة أخ ووصي على مالها كان لأخيها ولاية تزويجها ولو صيها قبض مهرها لأن الأول ولي على النفس والثاني ولي على المال فيعمل كل منهما في دائرة اختصاصه لا يتعداها .

أثر هبة الرشيدة مهرها أو بعضه لتزوجها

قدمنا أن للزوجة الرشيدة هبة مهرها لتزوجها قبل الدخول ويمدده سواء

قبضته أو لم تقبضه وليس لأبيها ولا لأحد أقربائها الاعتراض على ذلك، ولما كانت تختلف أحكامها باختلاف صورها حسباً يلحقها من طلاق بعد الدخول وقبلة لزم بيان ذلك .

إذا وهبته كله أو بعضه ثم طلقها بعد الدخول فلا ترجع عليه بشيء ، لأنه بالدخول يقرر لها المهر كله وقد وهبته وهي زوجة والزوجية مانعة من الرجوع في الهبة بعد تمامها . وهذا متفق عليه بين الحنفية والجمهورية .

أما إذا وهبته له كله أو بعضه ثم طلقها قبل الدخول فإنه يسقط عنه بهذا الطلاق نصفه وهذا بلا خلاف ولكن هل له أن يرجع عليها بشيء بعد ذلك .

الحنفية يفسلون في المهر بين ما يتعين بالتعيين وبين ما لا يتعين بالتعيين .

فإن كان مما يتعين بالتعيين كقطعة أرض معددة أو دار كذلك أو هذا الفرس أو هذه السيارة وهبته له كله أو نصفه ثم طلقها قبل الدخول فلا يرجع عليها بشيء سواء كانت الهبة قبل القبض أو بعده بالاتفاق ، لأن بالطلاق قبل الدخول استحق نصف المهر وقد رجع إليه بطريق الهبة وهو عين حقه ، ولا يضر اختلاف طريق الوصول إليه .

أما إذا كان مما لا يتعين بالتعيين كالنقود والكيلا والموزونات الثابتة ديناً في الذمة بأن لم تكن معينة بذاتها بالإشارة وهبته له قبل قبضها فلا يرجع عليها بشيء إذا طلقها قبل الدخول ، لأنه بالطلاق في هذه الحالة يستحق براءة ذمته من نصف المهر وقد حصل ذلك بالهبة على الراجح من المذهب ، أما إذا كانت الهبة بعد القبض فله الحق في الرجوع عليها بنصف المهر باتفاق أئمة المذهب لأن ما وهبته له لا يتعين أن يكون عين ما أعطاه لها فلم يكن ما وصل إليه بالهبة هو عين ما يستحقه بهذا الطلاق .

والجمهورية لم يفرقوا هذه التفرقة وإنما فرقوا بين الأبراء والهبة لكل

المهر وبين هبة نصفه . أياً كان نوع المهر فقالوا : إذا أبرأته من المهر ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصفه ولو وهبته نصف مهرها مشاعاً ثم طلقها قبل الدخول فله الباقي ولم يرجع بشيء سواء كان المهر ديناً أو عيناً صرفاً للهبة إلى حقه ، وظاهر كلامهم يفيد أنه يستوى في ذلك أن يكون قبل القبض أو بعده<sup>(١)</sup>

وليلاحظ هنا أن مذهب الحنفية هو المعمول به في مصر ولبنان في محاكمها السنية ، والمحاكم الجعفرية تطبق مذهبهم ، وفي كل من المنهيين يرجع الزوج على زوجته بنصف المهر بعد هبتها له كل مهرها وان كان المذهب الجعفري يرجع في كل أنواع المهر ، وفي المذهب الحنفي فيما إذا كان المهر مما لا يتعين بالتعيين والغالب في المهر أن يكون منه .

وهذا يلحق بالمرأة ضرراً مالياً كبيراً فوق ما يصيبها من الالم بالطلاق . مع أنها حيناً وهبت لزوجها قصدت مساعدته أو دعماً للحياة الزوجية لتثبت له أنها ستعاون معه بالبذل ولن تثقل كاهله . ولو علمت أنه سيقطع رباط الزوجية لما أقدمت على الهبة . على أن ذلك يشجع بعض الأزواج على الطلاق ما دام سيأخذ ما لا جديدأ بعدما يرجع له ما دفعه أفلا يكون من الأوفق للعدل الأخذ بمذهب الإمام مالك الذي يقرر أنه لا يجوز للزوج أن يرجع على زوجته المطلقة في هذه الحالة بشيء بل إنه يلزمه رد ما وهبته في بعض الحالات<sup>(٢)</sup> .

---

(١) راجع شرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٦ . ص ٣٧ ، فقه الإمام جعفر للشيخ منية ج ٥ ص ٢٨٩ وفي الأخير يقول هذا هو المشهور عندهم وقال : سئل الإمام عن رجل تزوج جارية أو فتاة ثم جهته في حل . قال : إذا جهته في حل فقد قبضته فإن خلاها - أي طلقها - قبل أن يدخل بها ودت المرأة على الزوج نصف المهر .

(٢) راجع الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٧٤ وفيه إن وهبت شيئاً من صداقها قبل البناء أو بعده على قصد مدام العشرة معها فطلقتها قبل حصول مقصودها فإنه رد لها ما وهبته .



## المبحث العاشر

### في ضمان المهر

إذا كان المهر حقاً للزوجة فإن قبضته انتهت المسألة، وإن لم تقبضه صار ديناً في ذمة الزوج إذا كان من الأموال التي تثبت في الذمة كالنقود أو في ضمانه إن كان مضمناً بذاته .

وكان لها أن تستوثق من استيفائه بأخذ رهن به أو كفيل يضمنه لها . فإن أخذت رهناً جرى عليه أحكام الرهن لكن العادة جرت بأن الناس يطلبون كفيلاً به

فإذا كفل شخص لها هذا المهر صحت الكفالة إذا كان الكفيل من أهل الكفالة يستوى في ذلك أن يكون قريباً لأحد الزوجين أو أجنبياً عنها وسواء أكان أحد الزوجين أو كلاهما فاقد الأهلية أو كاملها .

فإذا صحت الكفالة برضا الكفيل والمكفول له كان للزوجة إذا كانت بالغة عاقلة أو وليها إن لم تكن كذلك الخيار في مطالبة كل من الزوج والكفيل بأداء المهر عند الحنفية لأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بالحق المكفول به .

ويذهب الجعفرية إلى أن الطلب من أحدهما يوجه إلى الكفيل فقط . لأن الكفالة عندم تنقل الدين من ذمة المكفول عنه إلى ذمة الكفيل<sup>(١)</sup> .

### أثر أداء الكفيل المهر

المكفول عنه وهو الزوج إما أن يكون في ولاية الكفيل كالصغير أو فاقد

---

(١) مسائل الخلاف ج ١ ص ٢٤٤

العقل أو لا يكون في ولايته كالأجنبي أو الابن الكبير البالغ العاقل .

فإن كان الثاني وأدى الكفيل المهر عنده رجع عليه بما أداه إن كانت الكفالة بأمره ، أما إذا كانت بغير أمره فلا يرجع عليه بشيء عند الحنفية والشافعية لأنه متبرع بما فعل .

وفي هذه الحالة إذا مات الكفيل قبل الأداء كان الزوجة حقة المطالبة في تركته بمقدار مهرها فإذا قبضته منها رجع الورثة به على الزوج سواء كان وارثاً أو غير وارث .

وإن كان الزوج من النوع الأول وكفله أبوه بالمهر صحت الكفالة وكانت عليه أن يدفع المهر فإن دفعه من مال ابنه فلا شيء فيه ، وإن دفع من مال نفسه فليس له الرجوع على الزوج إلا إذا أشهد عند الكفالة أو الأداء أنه سيرجع عليه ، لأن العرف جرى بأن الآباء يتبرعون بمهور أبنائهم فيكون الأداء مع عدم الأشهاد على أنه سيرجع أمانة على أنه متبرع بالدفع .

وإذا مات الأب الكفيل قبل أداء المهر عن ابنه كان للزوجة أخذ مهرها من تركته ولباقي الورثة حق الرجوع على الزوج في نصيبه من الميراث سواء أكان الأب أشهد على أنه سيرجع على ابنه بما يؤديه عند الكفالة أو لا ، لأن التبرع المبرور من جانب الأب عند عدم الأشهاد على الرجوع لا يكون إلا إذا أدى بنفسه .

أما إذا كان الكفيل عن الصغير غير الأب فإنه يرجع في مال الصغير سواء أشهد على الرجوع أو لم يشهد لأن غير الأب لا يتبرع بالمهر عن الصغير عادة .

ولو زوج الأب ابنه الصغير أو من في حكمه باعتباره ولياً ولم يتكفل بالمهر عنه فهل يعتبر الأب ضامناً له بأقدامه على تزويجه فتطالب الزوجة به أو لا ؟

الحنفية يذهبون إلى أن الزوجة لا تطالب الأب بالمهر في هذه الحالة إلا إذا كان للزوج مال - وعلى الأب بمقتضى ولايته المالية على ابنه أن يدفع لها المهر .

أما إذا لم يكن للأب مال فليس لها مطالبة الأب لأن المهر ثبت ديناً في ذمة الزوج ولم توجد كفالة من الأب حتى يطالب بمقتضاها .. ومباشرته العقد لا تلزمه بحقوقه لأنها ترجع إلى الزوج لا إلى العاقد .

وذهب الأئمة الثلاثة والشافعية<sup>(١)</sup> إلى أن الأب إذا زوج ابنه الفقير كبيراً كان أو صغيراً كان مطالباً بالمهر ، لأن الزوجة وأولياها لم يقدموا على زواجه مع فقره إلا من أجل أبيه لأنه عادة يتحمل المهر عنه . وأن الأب الفقير يعتبر قادراً على الزواج بقدرة أبيه

فأقدم الأب على تزويج ابنه في هذه الحالة دليل على إرادته تحمل ما يجب للزوجة من المهر وغيره فيكون مسئولاً عن المهر فيلزمه أدائه دفعاً للضرر عن الزوجة .

وإذا دفعه لا يرجع على ابنه به إذا أيسر لأنه بمنزلة ما ينفقه عليه وهذا المذهب كما ترى أرجح من مذهب الحنفية الممول به الآن في مصر والمحاكم المستفيدة في لبنان .

---

(١) يقول الحلي في شرائع الإسلام ج ٢ ص ٢٨ : إذا زوج ولده الصغير فإن كان له مال فالهر على الولد وإن كان فقيراً فالهر في عهدة الوالد ولومات الولد أخرج المهر من أصل تركت سواء بلغ الولد وأيسر أو مات قبل ذلك فهو دفع الأب للمهر وبلغ الصبي فطلق قبل الدخول استماد الولد لتصفه من الولد لأن ذلك يجري مجرى المبة له . ولو أدى الوالد المهر عن ولده الكبير تبرعاً ثم طلق الولد وجع الولد بنصف المهر ولم يكن الولد انتزاعاً لمين بما ذكرناه في الصغير وفي السائتين تردد . ١٠١ :

وعما تجب ملاحظته هنا : أن الكفالة إذا وقعت من الكفيل في حال صحته تكون نافذة سواء أكان المكفول عنه أجنبياً أم قريباً وارثاً أو غير وارث .

أما إذا كانت في مرض الموت فإنها تأخذ حكم الوصية ، لأنها نوع من التبرع ، وتبرع الشخص في مرض موته كالوصية . فإن كان كل من الزوجين غير وارث نفذت الكفالة في حدود ثلث التركة فإن زادت عنه توقفت في القدر الزائد على إجازة الورثة بالاتفاق .

وإن كان أحدهما وارثاً كانت وصية لوارثوفها يختلف الحنفية والجمهرية . فالحنفية يذهبون إلى أنها تتوقف كلها على إجازة الورثة ، والجمهرية يذهبون إلى أنها تنفذ في حدود الثلث بدون توقف على شيء كالوصية للأجنبي ولا تتوقف على الإجازة إلا فيما زاد على الثلث .

وعلى هذا يكون العمل في المحاكم الجعفرية بلبنان أن هذه الكفالة تنفذ في حدود ثلث التركة وتتوقف فيما زاد حسباً هو مقرر بمنهم ، أما المحاكم السنية فإنها تسير على الراجح في المنهـب الحنفي وهو توقفها كلها .

أما في مصر فالعمل على ما يوافق المنهـب الجعفري حيث إن قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ عدل في هذه المسألة عن منهـب الحنفية .

### هــلك المهر واستهلاكه

المهر إما أن يكون من الأموال التي تمنع بالتصين أو من التي لا تمنع بالتصين كالنقد وما في حكمها مما يثبت في النمة .

فإن كان من النوع الثاني ورد عليه الضمان بالكفالة وقد تقدم حكمها ولا تصور فيه عيب أو استهلاك فل قبضه ، لأنه لو جعل مهرها مائة دينار مشاراً

إليها لزمه مائة دينار يدفعها إلى الزوجة سواء أكانت هي المشار إليها أم غيرها .  
لعدم تعلق حقها بمائة بعينها .

وإن كان من النوع الأول . كأن جعل مهرها حيواناً بذاته أو داراً معدة  
أو سيارة مشاراً إليها .

فإن حقها يتعلق بما عينه سواء كان من الأموال المثلبة أو القيمة . وهذا هو الذي  
يرد عليه الهلاك والاستهلاك .

فإن ملك المهر من هذا النوع في يدها بعد قبضها له بأقفة سماوية أو بفعلها  
فهلاك عليها ولا ترجع على الزوج بشيء . لانتفاء عهدة الزوج بقبضها له .

وإن استهلكه غيرها سواء كان الزوج أو غيره لزمه ضمانه فترجع على  
المستهلك بمثل إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً .

أما إذا هلك قبل قبضها له فإنه يكون مضموناً على الزوج سواء كان بفعله  
أو بأقفة سماوية ، لأن الزوج ملزم به قبل قبضها فيضمنه .

أما إذا كان استهلاكه بفعل الزوجة فلا ترجع على الزوج بشيء لأنها استوفت  
حقها بأهلاكها له ، وإن هلك بفعل أجنبي فالزوجة بالخيار إن شامت رجعت على  
ذلك الأجنبي وإن شامت رجعت على الزوج وهو يرجع على الأجنبي .

وإذا حصل الطلاق قبل النكول فإن كان الهلاك قبل القبض وجب على  
الزوج نصف قيمة المهر يوم الهلاك ، وإن هلك بعد القبض وجب عليها رد نصف  
قيمته يوم القبض للزوج .

### استحقاق المهر للنهر

وهذا لا يكون إلا في النهر المعين . فإذا استحق المهر كله بأن ظهر أنه ملك

لغير الزوج كان على الزوج ضمان مثله إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً. يستوي في ذلك ظهور استحقاقه قبل القبض وبعده .

فإن استحق بعضه وكان من الأموال المثلية أخذت الزوجة الباقي ورجعت على الزوج بمثل الجزء المستحق ، وإن كان قيمياً كدار أو فرس تخيرت بين أخذ الباقي وتشارك الأجنبي فيه والرجوع على الزوج بقيمة الجزء المستحق وبين أن تأخذ القيمة كلها من الزوج وتترك له العين ليشارك فيها مع المستحق لجزئها ، وإنما تخيرت هنا لأنها ملكت العين كلها بالمقد دون أن يكون لها شريك فيها ، فإذا عرضت الشركة في تلك العين وهي عيب قد لا ترضى به ثبت لها التخيير .

هذا إذا استحققت الزوجة المهر كله ، أما إذا استحققت نصفه فقط صكأن طلقها قبل الدخول ثم ظهر مستحق لنصف العين التي جعلت مهرأ لم يكن لها غير النصف الآخر ، لأنها في هذه الحالة ستكون شريكة على كل حال ، إما للزوج لو لم يظهر مستحق لنصف العين أو للآخر بعد استحقاقه .

## المبحث الحادي عشر

### في الاختلاف في المهر وقضاياه

مع وضوح حق المرأة في المهر وما يجب لها في كل حالة من الحالات إما تمام المهر المسمى أو نصفه ، أو مهر المثل أو المنة ، لكن ذلك عند اتفاق الزوجين على ما وقع بينهما ، وقد يختلفان ، وقد يختلف أحدهما مع ورثة الآخر بعد موته . وقد يختلف ورثتها بعد موتها .

والاختلاف بينهما قد يكون في أصل تسمية المهر . بأن يدعي أحدهما تسمية المهر وينكر الآخر ، وقد يكون في مقدار المسمى بعد اتفاقها على التسمية .

وقد يكون في قبض المجل بعد اتفاقها على التسمية ومقدار المسمى . وإليك تفصيل أحكام تلك الصور .

**الصورة الأولى :** إذا اختلف الزوجان في أصل التسمية بأن ادعى أحدهما تسمية المهر مع تعيين مقداره <sup>(١)</sup> وأنكر الآخر .

والحكم في ذلك . أن على مدعي التسمية إثباتها بالبينة ، فإن أقامها حكم بالمهر الذي ادعاه ، وإن عجز عن إقامة البينة وطلب اليمين من المتكر وجهت اليمين إليه ، فإن امتنع عن اليمين حكم عليه بما ادعاه الآخر ، لأن ذلك بمثابة اعتراف منه بدعوى المدعي ، وإن حلف بطلت التسمية وقضى بمهر المثل لأنه الواجب في كل زواج خال من التسمية الصحيحة عند الحنفية والجعفرية <sup>(٢)</sup> .

لكن يلاحظ أنه يشترط في مهر المثل الذي يقضى به هنا ألا يقل عما سماه الزوج إن كان هو المدعي ، لأنه التزم هذا القدر المسمى بادعائه فلا ينقص عنه ، وألا يزيد على ما ادعته المرأة إن كانت هي المدعية ، لأنها رضيت بما سمته في دعواها .

فإذا كان الزوج هو المدعي وادعى أكثر من مهر المثل حكم بما ادعاه لا بمهر المثل ، وإذا كانت الزوجة هي المدعية وادعت أقل منه حكم بما ادعته .

وهذا أخذ قانون حقوق المأثرة في المادة - ٨٦ - ونصها : « إذا حصل اختلاف في المهر المسمى ولم تثبت للتسمية يلزم مهر المثل إلا إذا كان ادعاء التسمية من طرف للزوجة فينبغي أن لا يتجاوز المقدار الذي تدعيه مهر المثل ، وإن كان من طرف الزوج فينبغي أن لا يكون أقل من المقدار الذي يدعيه » .

---

(١) قيداً بتعيين مقداره لأن ادعاء مجرد التسمية من غير تعيين مقدار المهر لا فائدة فيه ولو قل ذلك كان الواجب مهر المثل إنفاً ما بلغ في حالة تأكد المهر . والمتمة بالفا ما بلغت إذا لم يتأكد

(٢) فقه الإمام جعفر للشيخ محمد جواد مفتي ج ٥ ص ٢٩٣ .

وهذا الحكم فيما إذا وقع الاختلاف بينهما حال قيام الزوجية أو بعد زوالها وتأكد المهر كله بأحد الأمور المؤكدة له .

أما إذا حصل الطلاق قبل أن يتأكد المهر فتستحق الزوجة نصف المسمى إن ثبتت التسمية ، والمتمة إن لم تثبت لا تزيد على نصف ما عينته الزوجة إن كانت هي التي ادعت التسمية ، ولا تنقص عن نصف ما عينه الزوج إن كانت دعوى التسمية من جانبه .

والحكم لا يختلف عن هذا فيما إذا حصل الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر<sup>(١)</sup> باتفاق أئمة الحنفية ، لأن وريثة أحدهما تقوم مقامه ، ولأن المهر لا يسقط بالموت ، ويوافقهم في ذلك الجعفرية .

وكذلك إذا وقع الاختلاف بين وريثة الزوجين بعد موتها عند صاحبيها والجعفرية .

وقال أبو حنيفة إن ثبتت التسمية حكم بالمهر المسمى ، وإن لم تثبت فلا يقضى بشيء . لورثة الزوجة لأن التسمية لم تثبت ، ومهر المثل ساقط الاعتبار لعدم معرفته ، لأن موت الزوجين معناه موت أقرانها ، ويظهر أنه فرض ذلك فيما إذا تقادم العهد ومر زمن طويل ، أما إذا مات الزوجان في سن مبكرة فلا معنى لسقوط اعتبار مهر المثل لإمكان معرفته ، فيتفق رأيهم مع رأي صاحبيها

هذا والراجح في المذهب هو رأي صاحبيها وعليه العمل .

---

(١) لا يوجد بين الصورتين اختلاف إلا في صورة اليمين الذي يحلفه الشكر فيها . فالنكح إذا كان أحد الزوجين يحلف على أصل التسمية ، يعني يقسم على أنه لا تسمية للمهر ، وإذا كان من الورثة فإنه يحلف على نفي العلم بالتمسية ، أي يقسم على أنه لا يعلم أن المهر سمي من الجانب الآخر .



الصورة الثانية : إذا اختلفا في مقدار المهر بعد اتفاقها على أصل التسمية .  
كما إذا ادعت الزوجة أن المسمى مائتا دينار ، وقال الزوج : إنه مائة وخمسون .

وفي هذه الصورة يرى أبو يوسف : أن الزوجة تدعي الزيادة والزوج ينكرها  
فإن أقامت بينة على دعواها حكم بمقتضاها ، وإن عجزت يكون القول قول  
الزوج مع يمينه ، فإن نكل عن اليمين حكم بما ادعت الزوجة ، وإن حلف حكم  
بما ادعاه إلا أن يكون ما ادعاه شيئاً قليلاً لا يمكن أن يكون مهرأ مثلها فإنه  
يحكم بمهر المثل في هذه الحالة بشرط ألا يزيد على ما تدعيه لأن الظاهر يؤيدها  
فيما تدعيه .

والحكم لا يختلف عن هذا فيما إذا وقع الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة  
الأخر ، أو اختلاف ورثة الزوجين بعد موتها ، وهذا الرأي هو المختار للفتوى  
والعمل ، ومذهب الجعفري يتفق معه في الجملة ، لأنهم يقولون عند اختلاف ورثة  
الزوجين في قدر المسمى : إن القول قول ورثة الزوج فيأثمهم ما يعترفون به .

وعلى هذا الرأي سار قانون حقوق المائلة . فالمادة - ٨٧ - منه تقول :  
« إذا حصل اختلاف في المهر المسمى ، فإن كان الزوج يدعي المهر المتعارف عليه  
فالقول قوله » .

والبراء بالاختلاف فيها الاختلاف في مقدار المسمى ، لأن المادة السابقة  
كانت في الاختلاف في أصل التسمية ، والكلام هنا مفروض فيما إذا لم يقع أحدهما  
بينه على دعواه لأنها لو وجدت حكم بمقتضاها

وهذا يكون المعمول به في لبنان ومصر هو الرأي السابق .

أما في لبنان فواضح لنص قانون المائلة عليه واتفاق المذهب الجعفري معه

في الجملة حيث يحمل القول للزوج عند الاختلاف في قدره أو وصفه (١) .

وأما في مصر فلأن المادة ١٩ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تنص على أنه « إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر فالبينة على الزوجة » فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلا إذا ادعى ما لا يصلح أن يكون مهراً مثلها عرفاً فيحكم مهر المثل . وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر . وبين ورثتيها » .

وإنما اختبر قول أبي يوسف (٢) للعمل لأنه أعدل وأيسر في التطبيق .

الحالة الثالثة : إذا اتفق الزوجان على أصل التسمية والمقدار المسمى واختلفا في قبض الممثل بأن ادعى الزوج أنه أوفاهما الممثل كله وأنكرت الزوجة أنها قبضته كله أو أنها قبضت بعضه ولم تقبض باقيه .

والحكم في هذا الاختلاف يختلف باختلاف الوقت الذي حصل فيه .

فإن كان قبل أن توف إليه كانت الزوجة متمسكة بالأصل والزوج يدعي خلافه ، لأن المهر ثبت في ذمة الزوج ديناً بمجرد العقد والأصل بقاؤه حتى يقوم

#### (١) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٩ .

(٢) ونهب أبو حنيفة وعهد إلى أن من أقام منها البينة على دعواه حكم له سواء كان موثقاً لمهر المثل أو لا ، وإن أقام كل منها بينة يحكم مهر المثل فمن يشهد له مهر المثل حكم بما يدعيه . فإذا كان مهر المثل كما ادعت الزوجة أو أكثر منه حكم لها بما ادعت ، وإن كان مساوياً لمسا ادعاء الزوج أو كان أقل منه حكم بما ادعاه . وإذا لم يشهد مهر المثل لأحد منها بأن كان أكثر مما ادعى الزوج وأقل مما ادعت الزوجة حلف كل منهما على صحة دعواه وتقي دعوى الآخر . فإن حلفا جميعاً حكم بمهر المثل وإن نكل أحدهما عن البين حكم عليه بما ادعى الآخر . وذلك لأن كلا منهما يعتبر مدعياً ومنكراً ، فإن للزوج يدعي ما ادعاه وأنه يلزمها الدخول في طاعته بأبائها الممثل وينكر الزيادة التي تدعيها الزوجة . والزوجة تدعي الزيادة وتنكر أن له الحق في إدخالها في طاعته حتى يوفيهما لها أو ما اشترط تمجيده منها .

الدليل على خلافه ، فإن أقام الزوج بينة على دعواه حكم بمقتضاها ، وإن عجز  
كان القول للزوجة مع يمينها ، فإن نكلت عن اليمين حكم للزوج لأن نكلها  
دليل على صدق دعواه .

وإن كان الخلاف وقع بعد أن زفت إليه فالحكم يختلف تبعاً لوجود عرف  
مطرد بازوم تمجيل جزء من المهر قبل الزفاف أو عدم وجوده .

فإن لم يوجد عرف فالحكم لا يختلف عما إذا كان قبيل الزفاف من أن على  
الزوج البينة والقول قول الزوجة مع يمينها ، فإن أقام بينة حكم بها وإن لم تكن  
له بينة حكم لها إذا حلفت اليمين .

وإن كان هناك عرف مطرد بالتمجيل وادعى الزوج أنه أوفأها ممجلاً  
الصداق وهي تنكر قبض شيء منه كان القول قول الزوج ، لأن العرف يشهد له  
ويقوم مقام البينة على صدق دعواه ولا يلتفت إلى دعواها عدم القبض لأن الظاهر  
يكذبها .

وإن كان الخلاف بينها في قبض بعض الممجل بأن اعترفت الزوجة بأنها  
قبضت بعضه دون باقيه والزوج ينكر ذلك مدعيًا أنه أوفأها كل الممجل كان  
القول قولها مع اليمين حتى ولو جرى عرف الناس بقبض كل ممجل الصداق ،  
لأن بعض الناس يتساهلون عادة بعد قبض جزء من ممجل الصداق في طلب الباقي  
فيم الزفاف قبل قبضه ، ولأن اعترافها بقبض البعض مع إمكانها إنكار قبضه  
أمانة واضحة على صدقها . فيؤخذ بقولها مع اليمين ، إلا إذا أقام الزوج البينة  
على صدق دعواه فحكم له ، وهذه الأحكام كما تجري في اختلاف الزوجين تجري  
في اختلاف أحدهما مع ورثة الآخر ، وفي اختلاف ورثتها .

وهذا هو المقتضى به للعمل في مذهب الحنفية ، وعليه يجري العمل في مصر .  
وفي لبنان أيضاً بالأحكام السنية ، لأن قانون الماثلة لم يمرض لهذه المسألة .

والمذهب الجعفري لا يختلف عن المذهب الحنفي في ذلك كثيراً فإن المهر فيه أن القول قول الزوج ، لأن الأصل عدم القبض حتى يثبت العكس ، وعلى الزوج البينة لأنه مدعي ولا فرق في ذلك بين أن يحصل النزاع قبل الدخول أو بعده <sup>(١)</sup> ، وهذا هو المطبق في الحاكم الجعفرية .

### الاختلاف في وصف المقبوض أهو هدية أم من المهر ؟

إذا كان الزوج قد بعث إلى زوجته شيئاً من النقود ، أو الحلي ، أو الثياب وغيرها قبل الزفاف أو بعده ، ولم يذكر عند إرساله أنه هدية أو من المهر ثم اختلفا بعد ذلك ، فقالت : هو هدية حتى لا يرجع عليها بشيء منه لأن الزوجية مانعة من الرجوع فيها ، وقال : هو من المهر حتى يحتسب له من المهر ، فكل منها مدعي ومنكر ما ادعاه الآخر ، فأبها أقام البينة على دعواه قضى بما يدعيه لشبوهه بالبينة وعدم وجود معارض من الطرف الآخر .

وإن أقام كل منها بينة على دعواه قبلت بيئتها لأنها تدعي خلاف الظاهر . والبيئات شرعت لإثبات ما خالف الظاهر ، وما يدعيه الزوج هنا يتفق مع الظاهر ، لأن الشخص يسمى أولاً إلى أداء الواجب في ذمته وهو المهر ثم بعد ذلك يهدى .

وإذا عجزا عن إقامة البينة حكم العرف في الشيء المدفوع ويكون الحكم لمن يشهد له العرف ، فيكون القول قول الزوج مع يمينه فيما لم يجر العرف بأدائه ، فإذا حلف أحدهما اليمين حكم له بدعواه ، وإن امتنع عن اليمين حكم للآخر لأن النكول من اليمين إقرار بدعوى الخصم .

وإن لم يوجد عرف أصلاً ، أو اشتبه العرف وتعدر تحكيمه لاحتماله الأمرين

---

(١) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٩٤ . وشرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٩ .

فالقول قول الزوج مع عينه ، لأنه المعطي وهو أدري ببيان الوجه الذي كان عليه الإعطاء ما لم يكن الذي أعطاه يستنكر في المادة كونه من المهر كالأكولات مثلا ، فيكون القول قولها مع العين ، لأن الظاهر يشهد لها فيعتبر دليلا عند عدم البينة .

وإذا ثبت أن المدفوع من المهر وكان من جنس المهر وقعت المقاصة ، وإن كان من غير جنسه وكان قائما بيد الزوجة كانت بالخيار بين أن تحتسبه من المهر أو ترده إلى الزوج للرجوع بكل المهر إن لم تكن قبضته ، أو بباقيها إن كانت قبضت بمضه .

وإن كان قد هلك أو استهلك في يدها ، فإن كان مثليا فلها أن ترده مثله وتأخذ مهرها ، وإن كان قيميا احتسب من المهر بقيمته واستوفت الباقي من المهر .

وإذا ثبت أنه هدية لم يحتسب من المهر ولا يجوز استرداده ، لأن الزوجية من موانع الرجوع في الهبة ، وإذا كانت الزوجة قد قدمت لزوجها هدية بنفسها أو قدمها أبوها من مالها بإذنها ، فإن كانت قد منته قبل تقديم الزوج ما تنازعا فيه لا ترجع عليه بشيء لأنها قد منته هدية وهي هبة خالصة لم تقصد بها المعاوضة والزوجية مانعة من الرجوع في الهبة وإن كانت قائمة في يده

وإن كانت قد قدمت له بعد أن قدم هداياه ، فإن صرحت عند الإهداء أنه عوض عما قدمه ظانة أنه هدية أو كان يعرف الناس يقضي بأنه عوض رجعت عليه بما أهدته لأنه تبين أنه لم يجب لها شيئا حتى تقوض عنه ، حيث رجع عليها واعتبر ما قدمه من المهر .

أما إذا قدم أبو الزوجة هدية من ماله للزوج فإنه يرجع عليه بها إن كانت قائمة أو بقيمتها إن كانت هالكة إذا كان دفعها على أنها عوض عن هدية الزوج ،

فإن لم يقصد بها التعريض أخذت حكم الهبة من أنه يرجع عليه بها إن كانت قائمة فإن هلكت أو استهلكت لا رجوع لوجود المانع من الرجوع في الهبة ، وهو الهلاك أو الاستهلاك .

## المبحث الثاني عشر

### في الجهاز ومتاع البيت والنزاع فيها

الجهاز : ما يعد به بيت الزوجية من أثاث وأدوات منزلية عند زفاف الزوجية إلى زوجها . إذا كان بيت الزوجية يضم الزوجين لأول مرة بعد أن دفع الزوج لزوجته مهرها أو المجل منه ، بحيث لا تستجيب لطلبه إلا بعد قبضه وإعداد المسكن المناسب . فعلى من يكون جهاز البيت الذي يحممها ؟

اختلف الفقهاء في ذلك . فمنهم من يطبق قانون الحقوق الزوجية من أن المهر الذي تأخذه الزوجة ملك خالص لها ، وأن على الزوج أن يهيئ للزوجة المسكن اللائم لما قبل أن يطلبها للدخول في طاعته فلم يوجبوا على الزوجة جهازاً ولا غيره ، بل جعلوا إعداد البيت فرشاً وتأسيسه بكل ما يحتاج إليه على الزوج حتى يكون مسكناً لا تقاً بحياة الزوجين .

وما المهر إلا عطاء لازم يدفعه الزوج تقديراً لهذا العقد وإبانة لخطره لتطمئن المرأة إلى هذه الحياة الجديدة .

ومن مؤلاء الحنفية والجمهورية . وعلى هذا الرأي يجري العمل في مصر ولبنان .

فقانون العائلة ينص في المادة - ٨٩ - منه على أن : « المهر مال الزوجية ولا تجبر على عمل الجهاز منه » .

ومن الفقهاء من لاحظ العرف الطارىء على هذه القواعد ، فيوجب على الزوجة تجهيز البيت حسبما تجري به العادة في جهاز مثلها بما قبضته من مهرها ، فإذا لم تقبضه قبل زفافها لا تطالب بالجهاز إلا إذا شرط عليها الزوج ذلك وقبلته ، أو جرى عرف الناس في بلدها بأن الزوجة تجهز البيت وإن لم تقبض صداقها ، فكان المهر عندهم يدفع للجهاز حسبما يجري به العرف ، ولذا يختلف مقداره من زوجة لأخرى بقدر ما يطلب الزوج عادة من جهاز .

ومن هنا قرروا أنه لا يجوز لها أن تنفق من مهرها شيئاً على نفسها ولا تقضي به ديناً عليها إلا إذا كانت محتاجة للنفقة ، فإنها تنفق منه وتكتسي الشيء القليل بالمعروف (١) .

وإذا كان إعداد الجهاز حقاً على الزوجة ، كان للزوج حق الانتفاع به على الوجه المعتاد وإن لم تأذن الزوجة بذلك .

ويتفرع على الرأي الأول : أن الزوجة إذا زفت إلى زوجها من غير جهاز أو بجهاز قليل لا يتناسب مع ما دفعه من المهر لا يحق للزوج الاعتراض عليه وليس له مطالبتها أو مطالبة أهلها بشيء زائد ، لأنها لا تجهز على ذلك ، فإذا جهزت نفسها بالمهر أو بشيء منه كانت متبرعة .

غير أنه في بعض الحالات قد يدفع الزوج للزوجة مبلغاً من المال زيادة على المهر بقصد إعداد الجهاز أو إعداده على شكل معين . قبل لهذا أثر في الموضوع بحيث يحل للزوج حق المطالبة بالجهاز أو يحمله على صورة معينة ؟  
والحكم في ذلك يختلف حسب الصورة التي دفع بها الزيادة .

---

(١) الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ج ٧ ص ٢١٠ .

فإن كان دفعها بعد الاتفاق على المهر وصريح عند الدفع بأنها للجهاز. ألزمت الزوجة به في حدود هذا المبلغ، وإن لم تقبل كان عليها رد ما أخذته إلا إذا سكنت بعد الزفاف عن المطالبة به فترة تدل على أنه رضي بعدم الجهاز، فلا يحق له المطالبة به بعد ذلك.

وإن كان دفعه مع المهر بأن زادها على مهر المثل وقصد به إعداد الجهاز صراحة أو ضمناً بأن دل العرف على ذلك. وفي هذه الحالة يرى بعض الحنفية أنها لا تلزم بشيء لأن المهر بها زاد حق خالص للمرأة وبهذا يقول الجمهور.

وذهب البعض إلى أنها ملزمة به فيثبت له حق المطالبة إلا إذا سكنت فترة طويلة فيسقط حقه وعلى كل حال فالجهاز الذي تجهزه الزوجة قليلاً كان أو كثيراً يكون ملكاً خالصاً لها، ولزوجها الانتفاع به ما دامت الحياة الزوجية قائمة لوجود إذنهما بذلك، سواء كان ما دفعه من المهر مساوياً لمهر المثل أو أكثر منه.

### الأب وجهاز ابنته

إذا جهز الأب ابنته البالغة المأقاة من ماله الخاص في صحتها وسلمها للجهاز على أنه هبة لها ملكته بالقبض، ولا يجوز له ولا لأحد من ورثته من بعده حق الرجوع عليها بشيء منه، لأن الهبة تمت بتسليمها ويمتنع الرجوع فيها لوجود المانع منه وهو القرابة المحرمة.

ولو مات الأب قبل دفع ثمنه أو جزء منه بعد تسليمها له رجع الباقي بالثمن على التركة، وليس للورثة الرجوع عليها لأن الهبة تمت قبل الموت.

أما إذا تسلمته في مرض موته طبق عليه حكم الوصية وهو التنفيذ فيما يعادل ثلث تركته إذا لم يكن هناك وصايا أخرى، ويتوقف فيما زاد على الثلث على



إجازة الورثة على ما هو معمول به في مصر والمذهب الجعفري ، وتوقف الكل على الإجازة على ما هو الراجح من مذهب الحنفية .

وإذا كان سلمه لها على أنه عارية كان له الحق في استرداده في حياته ، ولورثته بعد وفاته ، لأن العارية لا تفيد الملك التام .

أما إذا جهز بنته الصغيرة أو من في حكمها وهو في صحته ملكته بمجرد الشراء ولا يحتاج الملك إلى قبض منها ، لأنها في ولاية أبيها وبند كيدما ، ولأن الهبة هنا تم بمجرد الإيجاب .

فلو تسلمته بعد ذلك لم يكن لأحد استرداده منها حق ولو كان التسليم في مرض موته أو بعد وفاته ، فإن كان شرائه لها في مرض موته أخذ حكم الوصية .

ويلحق بذلك ما تدفعه الأم من أمتعة البيت لابنتها عند الزفاف والأب يعلم ذلك دون أن يعرض ، وكذلك إنفاقها من مال الأب على ما هو مستاد الناس فليس له الرجوع عليها بشيء ولا تكون الأم ضامنة له .

هذا إذا صرح بالهبة أو بالعارية ، أما إذا اشتراه ولم يصرح بأنه هبة أو عارية ، ثم وقع الاختلاف بين الأب وابنته فيقول هو عارية ، وهي تقول في حياتها أو زوجها بعد وفاتها إنه هبة . فلحكم على التفصيل الآتي :

في هذا الاختلاف يمتدح كل منهما مدعياً ، فإن أقام أحدهما البينة على دعواه حكم له بمقتضاهما لعدم المارح .

وإن أقام كل منهما البينة فلأن وجد عرف رجعت بينة من يدعي خلافه . فإن كان العرف يجري بأن الأب يجب الجهاز لبنته رجعت بينة الأب الذي يدعي العارية ويحكم بها ، وإن كان العرف جرى على أنه يقدمه عارية رجعت بينة الزوجة أو زوجها بعد وفاتها ، ذلك لأن البينات شرعت لإثبات خلاف

الظاهر ، حيث أن الظاهر لا يحتاج إلى إثبات بالبينه فتكون بينه مدعي الظاهر لغواً والظاهر هنا ما يؤيده العرف .

فإن لم يكن عرف بأن كان بعض الناس يقدم الجهاز عارية والآخر يقدمه هبة تعارضت البيئتان ولا مرجح لأحدهما على الأخرى فلا يلتفت إليهما لتساقلهما ، ويكون القول قول الأب مع يمينه لأنه المظني ، وهو أعلم بصدقه تصرفه وإعطائه ، فإن حلف حكم له وإن نكل عن اليمين حكم لها ، وإن عجزاً عن إقامة البينة حكم العرف في البلد أو في بينة الأب ، فيكون القول قول من يشهد له العرف مع يمينه ، فإن شهد أن الأب يدفع الجهاز هبة حكم لها ، وإن شهد بأنه يدفعه عارية حكم للأب .

وإن لم يوجد عرف أو اشتبه الأمر كان القول قول الأب مع اليمين ، لأنه المتصرف وتعيين نوعه يستفاد من جهته .

وهذا التفصيل يجري في الاختلاف الواقع بين أحد الطرفين وورثة الآخر ، أو بين وورثتهما .

### الاختلاف بين الزوجين في متاع البيت .

يراد بمتاع البيت هنا كل ما يوجد في بيت الزوجية مما ينتفع به في المعيشة سواء كان من الجهاز ، أو أدوات منزلية جدد بمد الزفاف .

قد يختلف الزوجان في أثاث البيت الذي يسكنان فيه أثناء الحياة الزوجية أو بعد حصول الفقرة بينهما فيدعي كل منهما ملكيته وفيه ما يصلح للرجل فقط ككتابه وأدوات الرسم والزوج رسام أو أدوات الهندسة أو الطب والزوج مهندس أو طبيب ، وما يصلح للنساء فقط ، كالخيل والملابس التي تلبسها المرأة وأدوات الزينة ، وما يصلح لهما كالقروشاة والأسرة والكراسي والأواني .

ففي هذه الحالة يعتبر كل منهما مدعياً وعلى المدعي إقامة البينة على دعواه ،  
فإن أقام أحدهما البينة حكم له بها لعدم المعارض .

وإن أقام كل منهما البينة رجعت بينة من يدعي خلاف الظاهر ، والظاهر  
هنا أن ما يصلح للرجال فقط يكون للزوج ، وما يصلح للنساء فقط يكون  
للزوجة .

وعلى ذلك ترجع بينة المرأة فيما يصلح للرجال فقط لأنها تثبت خلاف  
الظاهر ، وترجع بينة الرجل فيما يصلح للنساء فقط ، فيحكم بقتضي البنتين ،  
وتسقط البنتان فيما يصلح لهما لتعارضهما وعدم المرجح لأحدهما على الأخرى ،  
ويكون القول فيه لمن يشهد له الظاهر مع يمينه ، والظاهر هنا يشهد للزوج لأنه  
صاحب البيت فيكون ما فيه ملك له .

فإن حلف حكم له ، وإن امتنع عن اليمين حكم للزوجة ، لأن امتناعه عن  
اليمين يعتبر إقراراً منه بدعواه أو تنازلاً منه لها .

وإذا عجزا عن البينة يكون القول قول الزوج بيمينه فيما يصلح للرجال  
فقط ، فإن حلف حكم له به ويكون القول قول الزوجة بيمينها فيما يصلح للنساء  
فقط ، فإن حلفت حكم لها به ، وإن فكل أحدهما أو كلاهما عن اليمين يكون  
إقراراً منه يدعوى الآخر فيحكم له .

وأما ما يصلح لهما ففي مذهب الحنفية رأيان :

أولهما : لأبي يوسف وهو : أن القول للزوجة في مقدار ما يجهز به مثلاً في  
المادة ، لأن عرف الناس جرى على أن الزوجة لا توف إلى زوجها إلا يجهز  
فيحكم لها منه يجهز مثلاً ، وما زاد على ذلك يحكم به للزوج ، لأن البيت بيته  
ويده هي المتصرف فيه .

وثانيهما : لأبي حنيفة ومحمد وهو : أن القول للزوج يمينه ، لأنه صاحب البيت ويده صاحبة التصرف فيه ؟ لكن هذا الرأي يترتب عليه إهدار العرف الجاري بين الناس من قديم الزمان . فرأي أبي يوسف أولى بالاعتبار ولا يختلف الحكم عنده بين هذه الصورة وبين ما إذا كان الحلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر ، أو بين ورثتهما بعد وفاتهما (١)

والمذهب الجعفري : يقرر أن ما يصلح للرجال يكون للزوج مع يمينه ، إلا أن تقوم البيعة على أنه للزوجة ، وما يصلح للنساء يكون للزوجة مع يمينها ، إلا أن تقوم البيعة على أنه للزوج ، وما يصلح لهما فهو بينهما فن أقام بيعة منهما كان له في فإن لم يكن لأحدهما بيعة يحلف كل منهما على أن المتاع له خاصة ، وبعد التحالف يقسم بينهما مناصفة ، وإن حلف أحدهما وامتنع الآخر عن اليمين أعطي المتاع للحالف

---

(١) وكذلك عن محمد : لا اختلاف في الحكم بين الصور الثلاث . ولكن أبا حنيفة يرى أنه عند اختلاف ورثة الزوجين يكون القول قول ورثة الزوجة مع اليمين ، لأن الظاهر يؤيد ورثة الزوجة .

## الفصل الرابع

في الحق الرابع للزوجة وهو النفقة<sup>(١)</sup>

وفيها مباحث

### المبحث الأول

في التعريف بها ووجوبها وقروط استحقاقها

يزاد بالنفقة : ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها من طعام وكسوة ومسكن وخدمة وكل ما يلزم لها حسباً تمارفه للناس .

وقد عرفها محمد بن الحسن لما سأله هشام عنها : « بأنها الطعام والكسوة والسكنى » وهي تجب لها عند الحنفية ومن وافقهم نظير احتباسها لمصلحة زوجها بحكم العقد الصحيح عليها متى كانت صالحة للحياة الزوجية .

---

(١) من مراجع هذا البحث : نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٧٢ ، فتح القدير ج ٢ ص ٣٢١ وما بعدها ، البدائع ج ٢ ص ٣ ، الشرح الكبير بجملة النسوة . ج ٢ ص ٥٠٨ وما بعدها ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٧ ، منهاج الطالبين مع حاشيتي قليري وعميرة ج ٤ ص ٦٩ وما بعدها ، والفتا ج ٦ ص ٧٣٦ ، كشف القناع ج ٥ ص ٤٦٩ وما بعدها ، الفقه على المذاهب الأربع ج ٤ ص ٥٥٤ وما بعدها ، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٦ وما بعدها ، فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣١٧ .

وقد ثبت وجوبها بالكتاب والسنة والأجماع والمقول .

أما الكتاب : فقوله تعالى في شأن المطلقات « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » الطلاق / ٦ أوجبت الآية على الأزواج إسكان المطلقات من حيث سكنوا حسب قدرتهم وطاقتهم ، وإذا وجب إسكان المطلقة فإسكان الزوجة أولى بالوجوب . حيث إن زوجيتها قائمة حقيقة وحكما ، والمطلقة لم يبق لها منها إلا أحكامها أو بعضها فقط .

والأمر بالإسكان أمر بالاتفاق لأنها لا تمكن من الخروج للكسب لكونها عاجزة عنه بأصل الحلقة كما يقول صاحب البدائع <sup>(١)</sup> أو نقول: إذا وجب لها الإسكان وجب لها بقية الأنواع لأنه لا فرق بين نوع ونوع .

على أن الآية أوجبت الاتفاق عموماً للمطلقة الحامل « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن » .

وقوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سمته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاه » ففي الآية أمر بالاتفاق وهو مطلق يفيد الوجوب ، حيث لا صارف له عنه .

وأما السنة فقد وردت عدة أحاديث تفيد هذا الوجوب .

منها ما رواه أبو داود عن معاوية القشيري قال : أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت ما تقول في نساتنا ؟ قال « أطعموهن بما تأكلون واكسوهن مما تكسونهن ولا تضربوهن ولا تقبضوهن » <sup>(٢)</sup> .

ومنها ما رواه مسلم وغيره من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في

(١) ج ٢ ص ٣٣٢ .

(٢) تيل الأوطار ج ٦ ص ٢٧٣ .

سجدة الوداع : « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وفي رواية « نفقتهن » .

وما رواه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها أن هنداً زوجة أبي سفيان قالت يا رسول الله : إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يمطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » <sup>(١)</sup> .

فلو لم تكن النفقة للزوجة واجبة على زوجها لما أمرها بأن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها بدون علمه ، لأنه لا يجوز أخذ شيء من أموال الناس بدون وجه حق .

وأما الأجماع : فقد أجمعت الأمة في كل المصنوع على وجوب نفقة الزوجة على زوجها لم يخالف في ذلك أحد .

وأما المأثور : فإن عقد الزواج يوجب على الزوجة تخصيص نفسها لمنفعة زوجها وتفرغها للحياة الزوجية . فهي تقوم على البيت ورعايته والأولاد وربيتهم . فهي محبوسة على الزوج وهذا إيمانها من التصرف والاكتساب فوجب نفقتها عليه ، ومن قواعد الشريعة . أن من حبس نفسه لحق مقصود لغيره ولنفقته تكون نفقته واجبه على ذلك الغير .

ولهذا المعنى وجب على الدولة نفقات موظفيها الذين حبسوا أنفسهم لنفقتها بقدر كفايتهم وكفاية من يعملونهم .

سبب استحقاق الزوجة للنفقة وشروط الاستحقاق .

سبب وجوب النفقة للزوجة : هو الزوجية الصحيحة غير أن الزوج

---

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٧٤ .

لا يثبت بمجرد العقد<sup>(١)</sup> كما في وجوب المهر . بل بما يقترب عليه من احتباس الزوجة وقصرها نفسها على زوجها بحيث يتمكن من الانتفاع بثمرات الزواج بأن تسلم نفسها له حقيقة أو حكماً بدخولها في طاعته بالفعل أو باستعدادها لهذا الدخول<sup>(٢)</sup> ما لم يوجد مانع شرعي يمنعها من ذلك .

فلو عقد عليها وطلبها للدخول فلبت الطلب وجب لها النفقة ، وإن امتنعت منه لعذر كعدم إيقاظها معجل صداقها أو عدم إعداد المسكن اللائق بالزوجة وجب لها النفقة كذلك ، وإن امتنعت بدون عذر فليس لها نفقة .

ويشترط لوجوب النفقة ثلاثة شروط :

أولها : أن يكون عقد الزواج صحيحاً شرعاً .

وثانيها : أن تكون الزوجة سالمة للمعاشرة الزوجية ليؤدي احتباسها إلى ثمرات الزواج المقصودة منه شرعاً .

وثالثها : ألا يفوت حق الزوج في احتباس الزوجة بفقر عذر شرعي أو بسبب ليس من جهته ، فإذا توفرت هذه الشروط وجبت النفقة لا فرق بين الزوجة المسلمة وغير المسلمة . وإن لم تتوفر كلها أو بعضها لم يجب لها شيء .

ومن هنا وجبت لها النفقة في حالات وسقطت في حالات أخرى .

---

(١) لجمهورية رأيان أحدهما أنها تجب بمجرد العقد ، وثانيهما : وهو الأظهر عندم ، أنها لا تجب إلا بتسكين الزوجة زوجها فكيفاً كلياً بتخليتها بينها وبين زوجها في كل وقت وفي كل مكان يسوغ فيه الاستمتاع مع ملاحظة أنها لا تجب إلا في الزواج الدائم لا النقطع .  
شرائع الإسلام ج ٢ ص ٦٦

(٢) الشافعية تجب النفقة بتسكينها لمن نفسها أو إخطاره بأنها مستعدة لذلك إذا كان غائباً .



## المبحث الثاني

### في أحوال النفقة وجوبها وسقوطها

تجب النفقة في حالات وتسقط في أخرى وإليك التفصيل :

#### الحالات التي تجب فيها النفقة :

١ - إذا كانت الزوجة سالمة للعبادة الزوجية وانتقلت إلى بيت الزوج أو لم تنتقل بالفعل ولكنها لا تقانع فيه لأنه يكفي منها الاستعداد لتسليم نفسها .

٢ - إذا فات على الزوج حقه بسبب مَنِّه كما لو كان صغيراً<sup>(١)</sup> لا يصلح للمعاشرة الجنسية مع صلاحيتها لذلك ، أو كان مريضاً أو معيماً بسبب يمنه من ذلك كالجب والعنة ، أو كان مجبوراً في جريمة أو دين عليه ، وما شاكل ذلك .

٣ - إذا فات عليه حقه بسبب مشروع من جهتها . كما لو امتنعت عن تسليمها نفسها لعدم إيفائها معجل صداقها أو عدم إعداده المسكن الشرعي لها ،

---

(١) للذهب المالكي لا يوجب النفقة إذا كان الزوج صغيراً فيشترط لوجوبها أن يكون الزوج بالغاً . ويقول ابن رشد في بداية المجتهد ، إن سبب الخلاف بين الموجبين للنفقة والناتين لوجوبها ، هو الخلاف في النفقة هل وجبت للاستمتاع أو لاحتباسها على الزوج كالفأب والمريض .

وفي للذهب الجعفري وأبان . أحديهما أنه لا نفقة على الصغير للزوجة الكبيرة وهو ما نذهب إليه الطوسي في مسائل الخلاف . والثاني أنها تجب عليه وهو الأشبه كما يقول صاحب شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٦ لكن الشيخ محمد جواد مفتية يرجع القول الأول ، فيقول وهو الصواب ما دام العجز الطبيعي متحققاً من الزوج والصغير غير مكلف . وتكليف الولي لا دليل عليه ولا أقل من الشك في الوجوب فالأصل عدمه . فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣١٩ ، ص ٣٢٠ .

أو تركت له بيته بعد دخولها في طاعته لأنه غير أمين على نفسها أو مالها .

الحالات التي لا تجب فيها النفقة أو تسقط فيها بعد وجوبها :

١- إذا كان المقد باطلاً أو فاسداً حتى ولو سلمت المرأة نفسها للرجل الذي عقد عليها ، لأن هذا المقد واجب الفسخ فيكون التسليم بعده غير مشروع فيجب عليها أن يفترقا من تلقاء أنفسهما ، وإلا فرق القاضي بينهما .

ومثل ذلك إذا دخل بامرأة يشبه من غير عقد عليها ، لأن هذا الدخول غير مشروع فلا يلحق الزوج احتباس المرأة فضلاً عن أنه لم يسبقه عقد صحيح .

ولهذا قرر فقهاء الحنفية : أن من عقد على امرأة ودخل بها ثم تبين فساد هذا المقد بأن ثبت أنها أخته من الرضاع مثلاً ، كان له حق استرداد النفقة ، إذا كانت بفرض القاضي لأنه تبين أن الاحتباس لم يكن مشروعاً حتى تستحق النفقة في نظيره (١) .

أما إذا كان سلمها النفقة بدون فرض القاضي فإنه لا يرجع عليها شيء لاحتمال أنه متبرع بها فيرجع هذا الاحتمال لشبه النفقة بالصلة .

بخلاف صورة الفرض لأنه بالقضاء يكون ملزماً بدفع النفقة بناء على كونها مستحقة لها ، فإذا ظهر عدم استحقاقها رجع بما أدى لانتفاء احتمال التبرع

---

(١) ونحن نقول : ثم تبين أن الاحتباس كان غير صحيح فلا تستحق الزوجة في نظيره نفقة ، لكن أفلا يقال : إن الزوجة أخلت النفقة وهي تمتد أنها حق لها ، وكذلك الزوج دفعها وهو يمتد وجوباً عليه بناء على اعتقادهما صحة المقد فتكون قد انقضت ما أخذته بسبب مشروع في الظاهر ، فلا يرجع عليها به مطلقاً سواء كان بفرض القاضي أو بغيره ، ولو قلنا إنه يرجع عليها بما بقي منها عندها ولا يرجع عليها بما استهلكته أو أنها لا تستحق النفقة للتجمدة لكان موافقاً لما هو مقرر في نظائره . كمن ورث المفقود بناء على حكم القاضي بوثه . ثم تبين أنه حي فإنه لا يرجع عليه بما استهلكه منه ويرجع عليه بما بقي في يده .

حيث لا يجتمع تبرع وإلزام .

والجمعفرية يوافقون الحنفية في ذلك إلا أنهم قالوا : إذا كان الزوج أعطى النفقة بدون فرض القاضي ممتدداً أنها واجبة عليه فإنه يحق له الرجوع عليها بما أعطى لأنه لم يكن متبرعاً بما أعطى .

٢ - إذا كانت الزوجة صغيرة لا يمكن الاستمتاع بها ولا تصلح لخدمة الزوج ولا مؤانسته لأن احتباسها وعدمه سواء باتفاق الحنفية والجمعفرية .

وكذلك إذا كانت لا تصلح للمعاشرة الجنسية وإن صلحت للخدمة أو الائتناس بها عند أبي حنيفة وعبد والجمعفرية ، لأن احتباسها ناقص ، حيث لا يمكن استيفاء المقصود الأصلي من الزواج منها ، ويرى أبو يوسف أن الزوج لو نقلها إلى بيته للائتناس بها وجبت عليه نفقتها ، لأنه رضي بهذا الاحتباس الناقص لما نقلها إلى بيته ، ولو لم ينقلها ما وجبت لها نفقة

والفتوى في المذهب الحنفي على هذا الرأي :

٣ - إذا كانت الزوجة مريضة مرضاً يمنعها من الانتقال إلى بيت الزوج فلا نفقة لها باتفاق الحنفية ، حيث لا يمكن احتباسها وهو المقابل للنفقة .

أما إذا كان المرض لا يمنعها من الانتقال إلى بيت الزوج فالفتى به في المذهب الحنفي أنه يجب لها النفقة بعد انتقالها بالفعل إلى بيت الزوج أو عدم ممانعتها في الانتقال وإن لم تنتقل إليه ، لأن المرض طارئ ، يمكن زواله ، وعقد الزواج عقد للبرام فلا يسقط الحق الدائم بمارض من الموارض لا دخل للزوجة فيه .

هذا إذا كان المرض سابقاً على الزفاف ، فإن جاءها المرض بعده فلا تسقط نفقتها به سواء بقيت في بيت الزوجية أو انتقلت إلى بيت أهلها ما دامت

لا تمنع في الرجوع إليه . لكنها إذا امتنعت من العودة وهي تستطيع ذلك على أي وجه سقطت نفقتها لتتحقق النشوز منها في هذه الحالة . ويرى الجمهور أن مرض الزوجة لا يسقط نفقتها بلا خلاف بينهم <sup>(١)</sup> .

### نفقات العلاج :

وإذا وجبت النفقة للزوجة المريضة غير الناشئة فهل يجب على الزوج نفقات علاجها أولا ؟ يرى فقهاء الحنفية أنها لا تجب عليه <sup>(٢)</sup> لأنها ليست من النفقة بل تجب في مالها إن كانت غنية وفي مال من تلزمه نفقتها إن كانت فقيرة إذا لم تكن متزوجة .

وقد يقال : إن عدم الوجوب قد يكون معقولا إذا كان الزوجان غنيين أو فقيرين ، أو كانت الزوجة غنية والزوج فقيرا . لأنها إذا كانت غنية يمكنها أن تعالج نفسها بدون ضرر يلحقها ، وإن كانت فقيرة فظاهر أنه لا يكلف الزوج بالعلاج وهو لا يستطيع القوت الضروري إلا بمجهود كبير ، أما إذا كانت فقيرة وزوجها غني فإن قواعد الإسلام العامة تقضي بالزامه بمعالجتها ، فإنه يجب على الأغنياء أن يغيثوا المكروب ويمينوا المريض ، فالزوجة المريضة إذا لم يعالجها زوجها الفتي وينقذها من كربها فمن يعالجها غيره من الأغنياء ؟

ألم يؤمر الزوج بمعاشرة زوجته بالمعروف ؟ ألم يؤمر بالإحسان إليها ! أمن الإحسان والمعاشرة بالمعروف تركها وهي مريضة لغيره يعالجها ؟

إن قيام الزوج بالعلاج إشارا لزوجته بأنه حريص عليها فتزاد المودة

(١) قاله الإمام جعفر ج ٥ ص ٢٢٠

(٢) والشافعية والحنابلة كذلك لا يوجبون على الزوج نفقات العلاج . واللاذكية في الشهور عندهم ، ولكن بعض طوائفهم يلعب إلى أنه يفرض عليه أن يعالجها بقيمة النفقة التي تفترض لها وهي سليمة من المرض .

بينها ، وعلى العكس من ذلك تركها لغيره يعالجها فإنه لا يترك في نفسها إلا الألم والحسرة .

وإذا كان وجوب النفقة للأبقاء على حياتها . فحاجتها إلى العلاج أشد من حاجتها إلى الطعام والتهريب .

هذا ويرى بعض<sup>(١)</sup> فقهاء الشيعة أن السواء إذا كان من النوع الذي تكثر الحاجة إليه بسبب الأمراض التي قلما يخلو منها إنسان فهي من النفقة الواجبة على الزوج ، وإن كان من العلاجات الصعبة التي قلما تقع وتحتاج إلى مال كثير فليست من النفقة في شيء ولا يلزم بها الزوج .

وهو تفصيل حسن : وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري والعراقي بما يقرب من هذا .

٤ - إذا تركت الزوجة بيت الزوجية وخرجت من الطاعة أو أبت أن تنتقل إليه بدون مبرر شرعي ، لأنها تعتبر ناشزة ، والنشوز تسقط النفقة ، لأنه لا يتصور احتباس معه<sup>(٢)</sup> .

ومثل ذلك في الحكم ما إذا منعت زوجها من دخول بيتها الذي يقع معها فيه دون سابق إنذار له بطلب نقلها إلى بيت له وترك هذا البيت لتنتفع به في غير السكن .

وهذا السقوط مغيا لمدة النشوز فإن عادت إلى الطاعة عاد حقها في النفقة ولا حق لها في المطالبة بنفقتها عن فترة نشوزها .

---

(١) وسية النجاة لأبي الحسن الجعفري .

(٢) والنشوز عند الحنفية يتحقق بتفويتها الاحتباس فقط ، فإن تحقق الاحتباس وإن لم تفوت نفسها فإنها تستحق للنفقة . والمذاهب الأخرى أنها بمنها نفسها منه بدون مبرر شرعي تسقط نفقتها .

بل قرر فقهاء الحنفية أن نفقتها السابقة على النشوز التي لم تستوفها قبله تسقط هذا النشوز ولو كانت مفروضة بأمر القاضي ، ولا يستثنى من ذلك إلا مقدار ما استدانته فيها بإذن الزوج أو القاضي فإنه لا يسقط بنشوزها .

وقد نص قانون حقوق المائلة على أن النشوز مسقط للنفقة في المادة - ١٠١ - ونصها : « إذا تركت الزوجة بيت زوجها بدون سبب مشروع وذهبت منه أو كانت في بيتها ومنعت زوجها من الدخول إليه قبل طلب نقلها لبيت آخر تسقط نفقتها مدة دوام هذا النشوز » .

٥ - إذا أخذها إنسان كرهاً وحال بينها وبين زوجها فترة من الزمان سقطت نفقتها لفوات الاحتباس على الزوج بأمر لا دخل له فيه .

وفي رواية عن أبي يوسف أنها تستحق النفقة ، لأن المانع من الاحتباس ليس من جهتها ، والفتوى في المذهب بالقول الأول ، لأن فوات الاحتباس وإن لم يكن بسبب من جهتها فهو ليس من جهة الزوج حتى يجعل الاحتباس قائماً حكماً .

والجعفرية يفصلون بين ما إذا كانت تستطيع تخليص نفسها وبين ما إذا كانت لا تستطيع ذلك ، ففي الحالة الأولى تسقط نفقتها لفوات الاحتباس من من جهتها ، وفي الثانية لا تسقط ، لأنها لم تتسبب في تقويت حق الزوج فلا تستحق هذا العقاب .

٦ - إذا حبست الزوجة ولو ظلماً بسبب ليس من جهة الزوج سقط حقها في النفقة لفوات حق الزوج بسبب ليس من جهته .

وعن أبي يوسف أنها إذا حبست بعد الزفاف لا يفوت حقها في النفقة لأنها معنورة في ذلك بعد ثبوت حقها في النفقة بالزفاف .

أما إذا كان الحبس لحق الزوج فلها النفقة باتفاق الحنفية، لأنه هو الذي فوت على نفسه الحق في الاحتباس .

والجعفرية يذهبون إلى أنها إذا حبست بدين لغير الزوج تقدر على إيفائه سقطت نفقتها مدة الحبس ، أما إذا حبست بدين للزوج أو حبست بدين لغيره لا تقدر على إيفائه فلا تسقط نفقتها لأنها فوتت حق الزوج في الأول ، وفي الثاني الزوج هو الذي فوت حقه أو هي عاجزة عن الوفاء به فتعذر .

٧ - إذا سافرت الزوجة وحدها أو مع غير محرم منها قبل الزفاف وبعدة أي سفر كان ولو للحج فلا نفقة لها ، لأنها فوتت حق الاحتباس على الزوج ، ولأنها عاصية بهذا السفر الذي لم يصحبها محرم فيه .

أما إذا سافرت بعد الزفاف للحج مع محرم منها كأبيها أو أخيها فلا نفقة لها عند أبي حنيفة ومحمد لتفويتها حق الزوج .

ويرى أبو يوسف والجعفرية والحنابلة . أنها لا تسقط نفقتها ، لأن أداء الفريضة ضرورة دينية يقتدر معها فوات الاحتباس .

وإذا سافر معها الزوج فلها النفقة بالاتفاق لتحقق حق الاحتباس في هذه الحالة ، والنفقة الواجبة هنا نفقة الإقامة لا السفر إلا إذا كان الزوج هو النبي أراد السفر ابتداء ودعاها للسفر معه فإنه يجب لها نفقة السفر .

### سفر الزوج بزوجته

إذا كان سفر الزوجة يسقط نفقتها ، فهل تسقط نفقتها إذا امتنعت عن

---

(١) يقول الحلي في شرائع الإسلام ج ١ ص ٤٦ : لو سافرت بإذن للزوج لم تسقط نفقتها سواء كانت في واجب أو مندوب أو مباح . وكذا لو سافرت في واجب بدون أذنه كالحج الواجب .

السفر مع زوجها إذا أراد ذلك ؟

اختلفت الآراء في المذهب الحنفي في هذه المسألة .

فبعضهم يرى أنه ليس له السفر بها بدون رضاها ، لأن السفر مظنة الضرر يلحق بالمرأة حال غريبتها وبعدها عن أهلها . وعلى ذلك لا تسقط نفقتها بامتناعها عن السفر .

ويرى فريق آخر أنه ليس لها الامتناع عن السفر ما دام الزوج قد أوفأها معجل صداقها . فإذا امتنعت سقط حقها في النفقة لأنها تعتبر ناشراً .

وبعضهم فصل في المسألة . فقد يكون في سفرها ضرر يلحقها . كأن يكون غير أمين عليها وتخشى الغربة ، وقد يكون سفرها مع زوجها لازماً لضرورات الحياة . كالموظف في جهة بعيدة عن وطن الزوجة أو له مال يستثمره هناك ولا يصلح إلا ب مباشرته بنفسه فإذا لم تسافر يتضرر . فيفوز الأمر للقاضي بقدره ، فإذا وجد أن سفرها يلحق بها الأذى أو قصد به الزوج الكيد لها لا تسقط نفقتها بالامتناع عنه .

وإذا لم يكن فيه ضرر عليها ويلحق الزوج منه الضرر وكان قد أوفأها حقها في معجل صداقها ألزمها بالسفر . فإن امتنعت سقط حقها في النفقة .

وقد استقر العمل في مصر على أن الزوج له حق السفر بزوجه إلى أي بلد متى توفرت الأمور الآتية :

- ١ - أن يكون الزوج أوفأها معجل صداقها .
- ٢ - أن يكون أميناً على نفسها ومالها .
- ٣ - ألا يقصد من السفر الأضرار بها أو الكيد لها .



ومذهب الجعفرية في ذلك لا يخرج عن هذا .

٨ - الزوجة المحترفة : إذا كانت الزوجة تحترف عملاً يضطرها إلى أن تكون خارج بيت الزوجية طول النهار أو أكثره أو الليل كله أو أكثره ثم ترجع إليه بعد فراغها منه . كالموظفة أو المحامية أو الطيبة فهل تسقط نفقتها بذلك ؟

إذا كان ذلك برضا الزوج فلا تسقط نفقتها ، لأنه برضا قد أسقط حقه في الاحتباس الكامل واكتفى منه بالتناقص .

أما إذا كان بدون رضا وموافقة بأن شرط عليها ترك عملها عند عقد الزواج ولم توف بهذا الشرط سقطت نفقتها ، لأنها فوّت بذلك حقه في الاحتباس الكامل الذي تستحق النفقة في نظيره .

وكذلك لو رضي به أول الأمر ثم طلب منها الامتناع عن العمل لما يقرب عليه من اضطراب الحياة الزوجية ولم تجبه إلى طلبه سقطت نفقتها ما دام الزوج عنده القدرة على متطلبات الحياة ، لأن رفضها طلبه يعتبر نشوزاً منها ، والناشزة لا تستحق النفقة ، أما إذا كان عملها في بيتها كالخياطة أو القراءة والتأليف مثلاً بحيث لا يعطلها عن القيام بواجبات الزوجية فلا يسقط حقها في النفقة .

٩ - إذا ارتدت الزوجة بأن خرجت عن الإسلام سقطت نفقتها ، لأن ردتها ترتب عليها فرقة جاءت من قبلها فأبطلت نفقتها .

فإذا ثابت وأسلمت وهي في العدة فإن نفقتها لا تمود . بخلاف الناشزة ، لأن ردتها بطلت نفقتها بالفرقة . ومتى بطلت لا تمود ، أما النشوز فهو أمر عارض لا يبطل النفقة وإنما تسقط مؤقتاً فإن عادت عادت النفقة .

## المبحث الثالث

### في تقدير نفقة الزوجة وما يجب مراعاته فيه

قلنا إن نفقة الزوجة تشمل الطعام والكسوة والسكن والخدمة وكل ما يلزم الزوجة في معيشتها حسب العرف . وهذه النفقة بأنواعها قد يقوم بها الزوج من غير طلب منه فيقدم لزوجته الطعام والكسوة ويهيئ لها السكن بكل ما يحتاج إليه . وهو الأصل في النفقة وتسمى نفقة التمكين ، فإن فعل ذلك لم يكن لها أن تطلب فرض نفقة لها ، لأنه مكنتها من كل ما وجب لها ، وإن لم يفعل كان لها أن تطلب فرضها ، ويجب عليه إجابة طلبها . فإن قدرها وتراضيا على ذلك انتهى الأمر ، وإن لم يفعل أو قدر لها ما لا ترضى به كان لها أن ترفع أمرها إلى القاضي وعليه إجابة طلبها - متى ثبت عنده صحة دعواها - ويقدر لها النفقة بأنواعها ، وهذه هي نفقة التمليك . لأنه يملكها ما وجب لها وهي تتصرف فيه .

---

(١) للذهب الشافعي يرى أن تقدير نفقة الطعام والكسوة على حسب حال الزوج فقط . أما السكن فيفرض على حسب حال الزوجة لا بحسب حال الزوج ، والفرق بينهما ، أن الطعام والكسوة يعتبر فيها التمليك لأن الزوج يملكها إياها وهو لا يملك إلا ما يقدر عليه ، أما السكن فالتبعية فيه التمسك إذ الزوج لا يملك زوجته السكن وهو ملزم بأن يمتثلها حسب حالها . والحماية يوافقون الشافعية في السكن ويخالفونهم في الطعام والكسوة فإنه يعتبر حالها ما . للذهب الأربعة ج ٤ ص ٦٣ وما بعدها . وأما الملكية فكما جاز في الشرح الكبير ج ٢ ص ٩٠ . أن النفقة على عادة أمثالها فإن تساوى فالأمر ظاهراً ، وإن كان فقيراً لا قدرة له إلا على قدر أدنى الكفاية فالعبرة بوسعه فقط ، وإن كان غنياً ذا قدر وهي فقيرة أوجب حلالة أهل من جلالاً وبدون جلال ، وإن كانت غنية ذات قدر وهو فقير إلا أن له قدرة على أرفع من حاله ولا قدرة له على حالها وقسمها بالقضاء إلى الحالة التي يقدر عليها .

ويجب عليه عند التقدير مراعاة الأمور الآتية :

١ - حالة الزوج المالية يساراً وإعساراً بقطع النظر عن كون الزوجة غنية أو فقيرة . فإن كان الزوج موسراً فرض لها نفقة اليسار ولو كانت الزوجة فقيرة ، وإن كان معسراً فرض لها نفقة بقدر ما يستطيعه ولو كانت الزوجة موسرة ، وإن كان متوسط الحال فرض لها نفقة وسطاً بين نفقة الموسرين والمسررين .

وهذا قول صحيح في مذهب الحنفية وهو مذهب الشافعية وعليه يجري العمل في مصر . كما نصت المادة - ١٦ - من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠<sup>(١)</sup> .

وهو الذي صرحت به النصوص الشرعية من قوله تعالى « لينفق ذو سعة من سمته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاه » الطلاق - ٧ .

وقول رسول الله ﷺ للأزواج « أطعموهن مما تأكلون وأكسوهن مما تكسونه » ولأن الزوجة الموسرة لما تزوجت للمصر أقدمت على ذلك وهي راضية بما يقدر عليه من النفقة ، وعلى هذا سار قانون الأحوال الشخصية في سوريا في المادة - ٧٦ - والجمهورية في المتمدن<sup>(٢)</sup> أن تقدير النفقة يراعى فيه حال الزوجة وحدها فتفرض لها نفقة اليسار إن كانت موسرة ولو كان الزوج معسراً ، ونفقة الإعسار إن كانت معسرة ، ونفقة الوسط إن كانت متوسطة الحال ، وأن على الزوج أن يؤدي ما يقدر عليه والباقي يكون ديناً في ذمته يلزم بدفعه إذا أيسر ، لأن الزوج عندما يتزوج رضي بآثره فقد

---

(١) ونصها « تقدير نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً وجبراً مهما كانت حالة الزوجة » وفي المذكرة الإيضاحية . أنه مأخوذ من مطلب الشافعي ومن قول صحيح في مذهب الحنفية .

(٢) يقول الحلبي في شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٦ : « قدر النفقة . للقيام بها تحتاج إليه المرأة من طعام وكسوة ونزول سكن وخدمة وآلة الأعمان تبعاً لمادة أشملها من أهل البلد .

الزواج عليه من واجبات ، ومنها الاتفاق عليها وفقاً لحالتها المالية وإلا لما أقدم على الزواج بها .

فيكون المعمول به في المحاكم الجعفرية ببلبنان في تقدير النفقة هو اعتبار حال الزوجة فقط ، أما المحاكم السنية فإن العمل بها يجري وفق قانون العائلة ، وهو يوجب تقديرها حسب حال الزوجين كما نصت عليه المادة - ٩٩ - إذ تقول :

« إذا امتنع الزوج الحاضر عن الاتفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة يقدر المحاكم النفقة حسب حال الطرفين اعتباراً من يوم الطلب ويأمر بإعطائها سلفاً عن المدة التي يميناها » .

وهذا رأي صحيح في مذهب الحنفية ، وقد كان يجري العمل عليه في مصر قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، وعلى هذا الرأي سار قانون الأحوال الشخصية في العراق فنصت مادته - ٢٧ - على أنه « تقدر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حالتيهما يسراً وعسراً » .

٢ - أن يراعي حالة الزوج من جهة قدرته على الدفع فيتبع ما هو أيسر عليه .

فإن كان من أصحاب الدخل اليومي كعمال اليومية قدرها عليه يومياً ، وإن كان ممن يأخذون أجرهم كل أسبوع قدرها عليه كل أسبوع ، وإن كان من أصحاب المرتبات الشهرية كالموظفين فرضها عليه كل شهر ، وإن كان من الزراع قدرها عليه حسب مواسم الحصاد .

هذا ما قرره الفقهاء تيسيراً على الأزواج في الدفع ، ولكن العمل يجري في المحاكم الآن على تقدير نفقة الطعام والسكن كل شهر . والكسوة كل سنة أشهر على اعتبار أنها تحتاج في السنة إلى كسوتين واحدة في الشتاء وأخرى للصيف .

وإن كان بعض القضاة يفرضها مبلغاً شهرياً للأزواج الثلاثة .

٣ - حالة الأسعار ارتفاعاً وانخفاضاً ، لأن ما يفرض لها ما هو إلا ثمن لما يلزمها من حاجيات ، فإذا لم يراع الأسعار وقت الفرض لحق الضرر بأحد الزوجين .

#### تعديل التقدير

وإذا كانت مراعاة حالة الزوج وحالة الأسعار واجبة عند الفرض لئلا يضار أحد الزوجين فيجب مراعاة ذلك بعد الفرض عند التغيير الطارئ، على أحدهما ، فإن تغيرت حالة الزوج من اليسر إلى العسر أو بالعكس فرسّت النفقة من جديد حسب الواقع ، وكذلك عند تغير الأسعار من الرخص إلى الغلاء أو العكس .

وهذا طبعاً يكون عند مطالبة من يلحقه الفتن أو الضرر من الزوجين .  
إلتقدير الأول ، فللزوجة أن تطلب زيادة النفقة إذا ما ارتفعت الأسعار أو تغير حال الزوج إلى الأحسن ، وللزوج أن يطلب تخفيض النفقة إذا ما انخفضت الأسعار عن وقت للفرض أو تغير حاله من اليسر إلى العسر ، وعلى القاضي أن يجيب الطالب منها متى ثبت عنده صحة دعواه فيعدل التقدير السابق

وعليه أيضاً أن يستجيب لطلب التعديل من أحد الطرفين إذا ما تبين له أنه أخطأ في تقديره الأول ، وعلى هذا يجري العمل في مصر والمحاكم الشنية في لبنان حيث تنص المادة - ٩٢ - من قانون حقوق المالة على : « أن النفقة المقدرة يجوز زيادتها وتقليصها بتغير الأسعار أو بتبديل أحوال الزوجين عسر أو يسراً ويتحقق أنها أقل أو أكثر من قدر الكفاية » .

أما الجعفرية فقد سبق أن التقدير عندهم يراعي فيه حال الزوجة فقط في

أول أمرها . ولا يتغير بتغير حال الزوجين أو أحدهما يساراً وإساراً ولكنه يتغير بتغير الأسعار ارتفاعاً وانخفاضاً .

## المبحث الرابع

في تفصيل أنواع النفقة

### النوع الأول « الطعام »

يجب للزوجة منه ما يكفيها وبما أنها تعيش مع زوجها في بيت واحد وهو وهو يتولى الأنفاق عليها ويحضر لها ما تحتاجه ، فإن قدم لها الطعام الكافي فلا داعي لتقديره وليس لها أن تطلب ذلك ، فإن امتنع عن إطعامها أو قصر فيه فلها الحق في أن تطلب منه تقديرًا معينًا لتقوم بنفسها بشراء ما تحتاجه ، ويجب عليه إجابة طلبها ، فإن امتنع رفعت أمرها إلى القاضي ليقرر لها كفايتها حسب حال الزوج المالية ، وله أن يفرض لها أصنافاً من الطعام يكلف الزوج بأحضرها أو يقدر لها مقداراً من النقود لتشتري هي به ما تحتاج إليه . وهو أيسر وأضبط ولذلك تسير المحاكم عليه .

### النوع الثاني « الكسوة »

يجب على الزوج كسوة زوجته بعد العقد الصحيح وتوفر شروط وجوب النفقة بتسليم الزوجة نفسها أو استمداها لذلك .

فلماذا أحضر لها ما تحتاج إليه من ثياب حسب حالته المالية والاجتماعية كما هو المعمول به في مصر ، أو حسب حالتها ومزلتها كما هو مقرر عند الجعفرية ،

أو على حسب حالتها معاً كما سار عليه قانون حقوق المائلة ملاحظاً فيه عرف البلد الذي يعيش فيه الزوجان وجب على الزوجة قبولها .

وإن امتنع أو قدم لها ما لا يليق بها في الحدود السابقة كان لها أن ترفع الأمر للقاضي وعليه أن يفرض لها مبلغاً من المال كل ستة أشهر <sup>(١)</sup> أو كل شهر مع ما يقرضه من الطعام كما يجب عليه أن يعيد التقدير من جديد إذا تبين خطؤه في التقدير الأول متى طلبه من وقع عليه القبن منها .

### النوع الثالث « المسكن »

إذا كانت النفقة لا تجب للزوجة إلا بدخولها في طاعة زوجها أو اعتمادها لذلك فمن لوازم ذلك أن يعد لها مسكناً شرعياً للأقامة فيه .

فإن أعدده وكان ملائماً أقامت الزوجة فيه ، وإن امتنع أو أعد لها مسكناً غير لائق كان لها أن ترفع الأمر للقاضي ليأمره بإعداد المسكن اللائق أو يفرض لها مبلغاً من المال كل شهر مراعيًا فيه ارتفاع الأسعار وانخفاضها .

والمسكن الشرعي هو ما يكون مشتملاً على كل ما يلزم للسكن من أثاث وفراش وآنية ومرافق وغيرها مما تحتاجه الأنثى ، ويراعي في ذلك حالة الزوج المالية من يسار وأعسار ووضعها الاجتماعي <sup>(٢)</sup> عند من يرى أن النفقة تكون حسب قدرة الزوج وحده وهو المعمول به في مصر ، أو حالة الزوجة ووضعها الاجتماعي عند من يرى أن النفقة تقدر حسب حالة الزوجة كما هو مذهب الجعفرية .

---

(١) لأن الفقهاء قرروا أن الواجب الأصلي في الكسوة كسوتان في كل سنة إحداها الصيف والأخرى لشتا ولا يجب غيرها إلا إذا ثبت عدم كفايتهما .

(٢) أي أن يكون للمسكن من يسكن فيه أمثاله سواء كان بيتاً مستقلاً أو غرفة من بيت إذا كان له قتل خاص ومرافق خاصة .

أو ملائماً لحالتها مما كما سار عليه قانون حقوق العائلة .

والقول الأول هو الموافق لقوله تعالى « أسكنوهن من حيث كنتم من وجدكم » الطلاق ٦ ، وأن تتوفر فيه بعد ذلك حياة الاستقرار والراحة . بأن يكون في مكان أهل بالسكان وسط جيران صالحين مأمونين ، فلا يسكنها في مكان موحش لا جيران لها فيه ، أو لها جيران لا تأمنهم على نفسها أو مالها .

فإن فعل ذلك كان لها الحق في طلب النقلة إلى مسكن آخر ، وعلى الزوج إجابتها إلى طلبها وإلا أمره القاضي بذلك إذا رفعت أمرها إليه وتأكد من صحة دعواها .

وإذا كان المسكن مستوفياً للشروط السابقة لكنه يحاور مسكن زوجته الأخرى فلا يكون مسكناً شرعياً ، لأن اجتماعها مع ضرتها في شقة واحدة إيداء لها . وقربها منها إذا كانت في شقتين من دار واحدة مظنة إيدائها ، وكلا الأمرين غير جائز شرعياً .

أما إذا كان يحاور مسكناً آخر لأقاربه كأمه أو أخته فإنه يكون مسكناً شرعياً إلا إذا ثبت أنهم يؤفونها بالقول أو بالفعل .

وإذا أعد لها المسكن المطلوب فليس له أن يسكن معها أحداً من أقاربه بغير رضاها لأنها غالباً تتضرر من ذلك ، فقد يكون قريبه غير مؤتمن تخشى منه على نفسها ومالها . وإذا كان أميناً فقد يكون وجوده مانعاً لها من معاشرة زوجها على وجه مرض .

ولا يستثنى من ذلك إلا ابنه الصغير غير المميز من زوجة أخرى فإنه يباح له إسكانه معها بدون رضاها عند الحنفية ، لأن مثل هذا الصغير لا يخشى منه على نفسها أو مالها كما لا يفوت بوجوده تمام المشرة الزوجية .

وشرط الجعفرية في ذلك عدم تضررها به وأن يكون متفقاً مع عادة أمثالها .



وكما لا يجوز للزوج إسكان أحد أقاربه معها بدون رضاها كذلك لا يجوز لها إسكان أحد من أقاربها بغير رضا الزوج ولو كان ابنها الصغير من غيره ، لأن البيت بيته وليس لها إلا حق السكن . والزوج غير مكلف بإسكان ابنها .

### النوع الرابع « نفقة الخادم »

إذا كان الطعام والكسوة والمسكن أموراً واجبة لكل زوجة فإن الخادم يختلف عنها لأنه ليس كل زوجة تخدم ، فيجب على الزوج في بعض الحالات ولا يجب في بعضها الآخر .

فإذا كان الزوج معسراً فلا يجب عليه إحضار خادم لزوجته ولا يكلف بنفقته ، لأنه يجب عليه نفقة الضرورة والخادم ليس ضرورياً .

وكذلك إذا كانت الزوجة من قوم يخدمون أنفسهم فلا يجب عليه نفقة خادم . لكنه إذا تبرع به وهو يقدر عليه كان حسناً .

أما إذا كان الزوج موسراً والزوجة من لا يخدمن أنفسهن فعليه إحضار خادم ويلزم بنفقته ، لأن نفقة الخادم حينئذ من مكملات نفقات الزوجية ، فإن امتنع عن ذلك فرض للقاضي لها أجراً لخادمتها .

هذا القدر متفق عليه بين أئمة الحنفية ،<sup>(١)</sup> ولكنهم اختلفوا في وجوب نفقة أكثر من خادم .

---

(١) الشافعية يجب عليه أن يأتينا بخادم إذا كلت مع لا يخدم نفسها ولو كان معسراً وإلا فلا يجب عليه إلا إذا كانت مريضة أو هرمة وإن لم تكن من يخدم عادة ، والحنابلة يجب إذا كانت من لا يخدم نفسها ويلزمه نفقة الخادم بحسب ما يليق بالخدم ، والمالكية . إذا كانت المرأة لا تخدم نفسها أو كان الزوج ذا جاه وقدر بحيث لا يصح لامرأته أن تخدم نفسها فإنه يفرض عليه خادم لها أو أكثر إذا كان يستطيع ذلك فإن لم يستطع وجب عليها خدمة للنزل ، وعليه أن يساعد بنفسه في أوقات فراغه من عمله . الشرح الكبير ج ٢ ص ١٠٠ .

فأبو حنيفة ومحمد والجمهور لا يلزمه إلا خادم واحد ، لأن الحاجة تندفع به والزيادة عليه ترف ، ويرى أبو يوسف أنه يجب عليه نفقة خادمين أو أكثر إذا كان الزوج موسراً واقتضت حاجة الزوجة ذلك .

والفقوى على قوله ، لأنه الموافق للعرف الذي يسير مع حاجة الناس . فمنهم من يكتفي بخادم واحد ، ومنهم من يحتاج إلى أكثر . ومع تعارف الناس واقتضاء الحاجة لا يكون ذلك ترفاً ، هذا الخلاف فيما إذا لم يكن للزوجة أولاد فإن كان لها أولاد فإنه يفرض عليه أكثر من خادم اتفاقاً . يقول الكيال بن الهمام في فتح القدير <sup>(١)</sup> « لو كان له أولاد لا يكفيهم خادم واحد تقرض عليه النفقة لخادمين أو أكثر اتفاقاً » .

### المبحث الخامس

في امتناع الزوج عن أداء النفقة وما يتخذ معه من إجراءات

إذا امتنع الزوج من أداء ما فرضه على نفسه أو فرضه القاضي عليه . فإن كان موسراً وله مال ظاهر باع القاضي من ماله ما يكفي للنفقة جبراً عنه وسلم للزوجة منه لتنفق منه على نفسها ، وإن لم يكن له مال ظاهر مع ثبوت يساره كان للقاضي أن ينشره ويؤنبه على بماطلته

فإن طلبت الزوجة حبسه أجابها وقضى بحبسه عقوبة له على مطله ، ولا يمنعه الحبس من أن يبيع ما ظهر من ماله ليوفي الزوجة حقها ، لأنه ليس عوفاً عنها بل هو وسيلة لملمه على الاتفاق .

---

(١) ج ٣ ص ٣٢٩ .

وليس الحبس مدة مقررة ، وإنما تقديره مفوض للقاضي لاختلاف ذلك باختلاف الناس وإن كان روي عن أبي حنيفة أن أدنى مدته شهر وأقصاها ثلاثة أشهر . وروى غير ذلك والعمل يجري في مصر على أن لا يزيد عن ثلاثين يوماً .

فالمادة ٣٤٧ من القانون ٧٨ لسنة ١٩٣٦ تنص على أنه : إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر في النفقات أو في أجره الحضانة أو السكن يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التي أصدرت الحكم أو التي بدائلتها محل التنفيذ ومقرباً لها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به لأمرائه ولم يمثل حكمت بحبس ، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوماً ، أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلاً فإنه يخلى سبيله وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية » .

ويلاحظ أنه لا يحبس في دين واحد أكثر من مرة لعدم الفائدة في الحبس الثاني .

فإذا أعطى كفيلاً بالنفقة لا ينفذ عليه الحبس كما لا يحبس الكفيل بل ينفذ حكم النفقة في ماله بالطرق الاعتيادية ، ولا يحتاج هذا التنفيذ إلى حكم جديد على الكفيل بالتنفيذ متى كانت الكفالة صادرة بإمام موظف رسمي .

وإن كان المحكوم عليه بالنفقة مجبوراً عليه فيطالب وليه بأدائها من مال الزوج ، فإذا امتنع عن الأداء حكم عليه بالحبس إن كان للمجبر عليه مال يمكن استيفاء النفقة منه ، أما إذا كان الزوج معسراً لا يملك شيئاً وليس له كسب أو له مال لا يكفي لإحوائه الأصلية وطلبت الزوجة حبسه لا يجيبها القاضي إلى طلبها ، لأنه ليس ظالماً حتى يعاقب بالحبس ، ولأنه لا فائدة ترجى من وراء حبسه كما في حبس المورس .

فالحبس في نفقة الزوجة لا يكون إلا إذا توافر شرطان

١- أن تكون النفقة قد قدرت ومضى على تقديرها زمن دون أن يقوم بأدائها فتكون ديناً في ذمته .

٢- أن تثبت قدرة الزوج على أداء النفقة .

وإذا لم يحبس فللزوجة طريق آخر تسلكه ، هي أن تستأذن القاضي في الاستدانة على الزوج وعليه الأذن لها ، فإذا لم تجد من تستدين منه كان على قريبها الذي تلزمه نفقتها - لو لم تكن متزوجة - أعطائها ما فرضه القاضي ويكون ديناً على الزوج يطالبه به إذا أيسر ، فإذا امتنع قريبها مع قدرته عن إعطائها جاز للقاضي بعد إنذاره وتعييده - أن يحكم عليه بالحبس حتى يعطيها النفقة ، وفي حالة الاستدانة من القريب يرجع على الزوج فقط . ومن الأجنبي كان الخيار في الرجوع على الزوج أو الزوجة .

وعلى هذا سار قانون حقوق العائلة . فالمادة ٩٦ منه تنص على أنه « إذ عجز الزوج عن الاتفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة فالحاكم يقدر النفقة اعتباراً من يوم الطلب على أن تكون ديناً بذمة الزوج ويأذن الزوجة بأن تستدين باسمه » .

والمادة ٩٨ تنص على أنه « في الحالات التي تكون الزوجة الممسرة مأذونة بالاستدانة من طرف الحاكم بموجب المواد السابقة ينظر من تلزمه نفقتها إذا كانت ليست بذات زوج فيلزم بأقراض الزوجة عند الطلب وفي الاستقبال له حق الرجوع على الزوج فقط ، أما إذا استدان من أجنبي فالدائن مخير إن شاء طلب من الزوجة وإن شاء من الزوج »

وفي حالة إعسار الزوج . هل للزوجة الحق في طلب التفريق بينها وبين زوجها لمعجزه عن الاتفاق ؟

مسألة اختلف الفقهاء فيها .

**فالحنفية والجمعونية** يذهبون إلى أنه ليس لما هذا الحق ولو طلبته لا يجيبها القاضي إلى ما طلبته لأن المعجز عن النفقة أمر عارض يمكن زواله . وهو وإن كان فيه ضرر على الزوجة ، إلا أنه يمكن تداركه بالأذن لها بالاستدانة عليه .

أما التفريق ففيه ضرر يلحق الزوج ولا يمكن تداركه أو علاجه . فهنا تعارض ضرران ، والقاعدة المقررة أنه يرتكب أخفها .

والأئمة الثلاثة يذهبون إلى أن للقاضي أن يفرق بينها لهذا المعجز (١) والأعسار كماله أن يفرق بينها لامتناعه عن الأنفاق مع قدرته عليه .

وعلى هذا يجري العمل في مصر بعد صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، بعد أن كان العمل بمذهب الحنفية قبل صدوره .

وإذا فرق بينها كان الطلاق رجماً للزوج مراجعة زوجها ما دامت في العدة بشرط أن يثبت قدرته على الأنفاق إذا كان التفريق بسبب الأعسار ، أو يثبت استعداده للأنفاق إن كان التفريق بسبب امتناعه عن الأنفاق مع قدرته على ذلك .

---

(١) المراد بالمعجز عن النفقة هنا المعجز عن أتم الكفاية الذي تقوم به الحياة من طعام وكسوة ومسكن لا المعجز عن النفقة المفروضة . وأن يكون المعجز عن النفقة الحالة والمستتقة أما المعجز عن النفقة المتجمدة فلا فسخ به بالأنفاق ، وبعض المذاهب يشترط في جواز الفسخ ألا تكون عالة بمعجزه حين المقعد ، وبعضها لا يشترط ذلك لاستئصال أنها رضىت به على أمل أن يتكسب وتيسر حاله .

## المبحث السادس

### في نفقة زوجة الغائب

المراد بالغائب هنا من يتعذر إحضاره إلى مجلس القضاء لمحاكمته في النفقة التي تطالب بها زوجته سواء كان ذلك بسبب سفره أو باختفائه في البلد الذي تقع فيه زوجته .

إذا غاب الزوج بهذه الصورة وطلبت زوجته من القاضي أن يفرض لها نفقة عليه .

فالحكم عند الحنفية يتلخص في أنه : إذا ترك مالا ظاهراً<sup>(١)</sup> من جنس ما تقدر به النفقة كالنقود والحبوب وكان تحت يد الزوجة كان لها أن تأخذ منه مقدار نفقتها المعروف من غير حاجة إلى قضاء القاضي ، لأن قضاء رسول الله في قصة امرأة أبي سفيان ماض إلى يوم القيامة .

وإن لم يكن تحت يدها بل كان عند غيرها وديعة أو ديناً في فتمته وطلبت الزوجة فرض النفقة فيه أجابها القاضي وأمر من عنده المال بإيقاعها مقداره النفقة إذا كان من عنده المال معترفاً به وبالزوجة أو كان القاضي يعلم بها بلا خلاف .

فإن لم يكن معترفاً بها أو بأحدهما ولا علم للقاضي بها فإن أثبتت المرأة

---

(١) المراد بالمال الظاهر هو ما يمكن التنفيذ فيه بالطرق المتأداة بقتضى لائحة التنفيذ .  
والطرق المتأداة هي أن يبدأ بالتنفيذ من النقود إن كانت موجودة ثم من النقولات ثم من العقار عند عدم النقولات أو لم يكف منها في سداد الديون المطلوب برمتها .

زوجيتها بالينة مع ملكيته لذلك المال أوجبها القاضي إلى فرض (١) النفقة فيه على الراجع من المذهب وهو قول زفر ، لكنه قبل الحكم يستوتق من صدق المرأة في دعواها فيحلفها اليمين بأن زوجها لم يجعل لها النفقة وأنها ليست ناشزة ولا مطلقة انتهت عدتها ثم يأخذ منها كفيلا بالنفقة . حتى إذا تبين كذبها وعاد زوجها رجع عليه أو عليها بما أخذته

فإذا امتنعت عن اليمين وتقديم الكفيل لا يحكم لها بالنفقة .

أما إذا كان ماله الظاهر ليس من جنس النفقة كالمقارات والحيوانات فإن القاضي يفرض لها النفقة ولا يبيع شيئاً من ماله (٢) ولكنه يأمرها باستيفائها من أجرة ما يوجر من ذلك المال .

وإن لم يكن له مال أصلاً فرض لها النفقة وأذن لها بالاستدانة على الزوج بعد أن يحلفها اليمين السابقة ويأخذ منها كفيلاً بالنفقة المفروضة .

فإن لم تجد من يدينها أمر القاضي قريبها الذي تجب عليه نفقتها لو لم تكن متزوجة بإدانتها .

فإذا طلبت منه تطليقها منه لأعساره لا يجيبها إليه لما سبق بيانه .

والمذهب الجعفري يقرر أنه يفرض لها النفقة إذا أثبتت دعواها بالينة في ماله الظاهر سواء كان من جنس النفقة أو من غير جنسها وتأخذها منه إن كان من جنسها ، ويباع منه ما يكفي للنفقة إذا لم يكن من جنسها ، ويحلفها بيمين

(١) والحكم هنا بالنفقة بناء على يمينها ليس حكماً بالزوجية بل لجرد إعانتها على الوصول إلى ما تميش به .

(٢) أما عند أبي حنيفة فلأنه لا يجوز بيع مال الدين الحاضر جبراً عنه لسداد دينه وأما المصاحبان وإن جوزا بيع مال الدين الحاضر الممتنع عن أدائه دينه فالغالب لا يعم امتناعه عن أدائه دينه فلا يباع ماله لسداد دين النفقة .

الامتناع وبأخذ منها كفيلا ، وفي حالة ما إذا لم يكن له مال ولا يوجد من ينفق عليها وطلبت فسخ الزواج أجلا لها أربع سنوات وتحري عنه فإن لم يعرف خبره طلقها الحاكم أو ولي الزوج ثم تمتد عدة الوفاة .

### ما يجري عليه العمل في مصر وليذان

كان العمل بمصر يسير على الراجح من مذهب الحنفية وهو ما قدمنا لأنه يجمع بين مصلحة الزوجين معاً ولا يلحق بأحدهما ضرر . إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فقرر في مادته الخامسة : أن نفقة زوجة الغائب تؤخذ من ماله الظاهر سواء كان من جنس النفقة أو لا ، فيباع منه مقدار ما يوفى بها .

فإن لم يكن له مال ظاهر وطلبت الزوجة تطليقها لعدم استطاعتها الحصول على نفقتها أجابها إليه على تفصيل سيأتي موضعه واليك نص تلك المادة .

« إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم بالنفقة في ماله . فإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلا فإن لم يربل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للأنتفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل . فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المثل أو كان مفقودا كوثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي . وتسري أحكام هذه " على المسجون الذي يصير بالنفقة » (١)

---

(١) الفرق بين العمل به وبين مذهب الحنفية الذي كان معمولاً به يظهر في أمرين :

أولها : أنه يباع من ماله ما يوفى النفقة الطالبة على الأول دون الثاني .

وثانيها : أنه يطلقها لعدم الانتفاق بعد التثبيت على الأول دون الثاني ، والمادة ماخوذة من المذاهب الثلاثة ، ويلاحظ أن المذهب المالكي لا يطالب الزوجة بكفيل يكتفل لها ما يصرف لها من النفقة :

والمنعبد السامعي أن القاضي يأخذ منها كفيلا بما يصرف لها لجزاز أن يكون قد مات أو طلقها طلاقاً بائناً ، وهذه ليست كفالة دين وإنما هو كفالة إحضار بمعنى أن الكفيل يحضرها إذا تبين عدم استحقاقها لما أخذته .



فإذا استوفت نفقتها بناء على هذا الحكم وعاد الزوج الغائب من غيبته ولم تكن الزوجة محقة فيما أخذته كان له أن يعارض في الحكم أو يدفع دعوى الزوجية بما يبطلها كان يدفعها بأنها مطلقة انقضت عدتها أو أنها ناشزة لا تستحق نفقة أو أنه عجل لها النفقة قبل غيبته ، فإن أثبت ذلك بالبينة نقض الحكم وكان له الرجوع عليها بما أخذته من ماله بغير حق .

أما في لبنان فالمحاكم الجعفرية تسير على المذهب الجعفري وقد قدمناه .  
أما المحاكم السنية فتسير على قانون حقوق العائلة وقد قرر في المواد ٩٧ ، ٩٨ ، ٩٩ ، ١٢٦ ، أن زوجة الغائب إذا أثبتت الزوجية بالبينة وأنت زوجها لم يترك لها مالا تتفق منه فرض لها القاضي النفقة بعد تحليفها بين الاستيثاق ويأذن لها بالاستدانة على الزوج ، فإذا طلبت التفريق بينها وبين زوجها لتعذر تحصيل النفقة حكم بالتفريق بينها بعد إجراء التحقيقات اللازمة .

وإذا كان له مال بيد الغير أو بذمته وأقر ذلك الغير بالمال والزوجة أو أنكر ذلك وأثبتته الزوجة بالبينة قدر لها النفقة من ذلك المال أو من ثمنه اعتبار من يوم الطلب بعد أن يحلفها بين الاستيثاق .

## المبحث السابع -

في دين النفقة وأحكامه

متى تعتبر النفقة ديناً على الزوج ؟

اتفق الفقهاء على أن نفقة الزوجة تجب على الزوج من وقت وجود سببها وهو المقعد الصحيح مع تمكين الزوجة زوجها من نفسها . فإذا أدامها سقط طلبها عنه .

وإذا لم يؤدها فترة من الزمن أنفقت الزوجة على نفسها من مالها أو من مال غيرها . فهل تكون نفقتها في تلك المدة ديناً يثبت في ذمة الزوج في جميع الأحوال يعق لها أن ترجع به عليه أو لا تكون ديناً كذلك فلا ترجع عليه بشيء ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين بناء على اختلافهم في هذه النفقة . هل تتساوى مع الحقوق المالية الأخرى في أنها إذا ثبتت لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، أو أنها حق ضعيف في ذاته فلا تتساوى معها فلا يكفي ثبوتها المجرى في صيورتها ديناً بل لا بد من أمر وراء الثبوت يقويه ويرفعه إلى مصاف الحقوق الأخرى .

فالأئمة الثلاثة « مالك والشافعي وابن حنبل » ومعهما الجعفرية يذهبون إلى أن النفقة هنا حق قوي ثبت للزوجة عوضاً عن احتباسها لمصلحة الزوج ، وإذا كانت عوضاً فإنها تثبت ديناً قوياً في ذمة الزوج بمجرد إيفائها البديل وهو تمكينها الزوج من نفسها فلا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء كسائر الديون الأخرى ، ولا أثر لضي المدة في سقوطها كما لا تسقط عن مدة ماضية بنشوز الزوجة أو طلاقها أو موت أحدهما .

وعلى هذا لو امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته مدة أو عجز عنه لأي سبب كان لما الحق في مطالبتها طألت تلك المدة أو قصرت (١) .  
والحنفية يذهبون إلى أن نفقة الزوجة لها شبهان . شبه بالمعوض وشبه بالصلة فليست عوضاً خالصاً . أما شبهها بالمعوض فمن جهة أنها جزاء احتباس الزوجة لحق زوجها وقيامها بشؤون بيته .

(١) غير أن المالكية يقدون وجوبها عليه بتجديد النفقة بما إذا كان موسراً في تلك المدة . أما إذا كان موسراً فيها أو بمضها فإنها لا ترجع عليه بنفقة زمن الأعسار . لأن العسر يوجب سقوط النفقة ختدم . الشرح الكبير ج ٢ ص ٤١٧ .

وأما شبهها بالصلة فمن جهة أن المنافع التي تقترب على الاحتباس لا تعود على الزوج وحده بل تعود عليها معاً فيكون واجباً عليها .

ومراعاة للشبهين قالوا : إنها تأخذ حكماً وسطاً بينها أي أنها لا تصير ديناً في حالة ، وتصير ديناً ضعيفاً في حالة ثانية ، وديناً قوياً في حالة ثالثة<sup>(١)</sup> .

فإذا لم يراضا عليها ولم يحكم بها قاض لا تكون ديناً في ذمة الزوج بمضي المدة . فلو أنها أنفقت على نفسها من مالها أو من مال غيرها بالاستدانة بدون تراخ منها أو حكم قاض بها فلا يحق لها المطالبة بتلك النفقة لأنها لا تصير ديناً في ذمة الزوج إلا إذا كانت المدة التي مضت أقل من شهر فإن الزوجة أن تطالب بنفقتها ، لأن هذه المدة القصيرة يصعب الاحتراز عنها حيث لا بد من مضي مدة لكي تتمكن الزوجة من التراضي مع زوجها على النفقة أو مقاضاته فيها . فتركها المطالبة مدة كبيرة دليل على أنها متبرعة بها .

أما طلبها في حدود شهر فهو دليل على أنها لا تريد تركها فاغتفرت هذه المدة القليلة لأن الحكم بسقوطها في تلك الفترة إجماع بالزوجة .

وإذا تراضى الزوجان على النفقة أو حكم بها القاضي ولم يوجد إذن من الزوج أو القاضي لها بالاستدانة ومضت مدة طويلة على ذلك فإن النفقة تصير

---

(١) يقول الكيال بن المهام في فتح القدير : ليست النفقة بمعرض من كل وجه بل هي عرض من وجه دون وجه ، لأنها جزاء الاحتباس . فمن حيث إنه لا يستبداء حقه من الاستمتاع واصلح أمر المعيشة والاستئناس هي عرض .

ومن حيث إنه إقامة لأمر الشارع وأموال مشتركة كأعطاف كل منهما الآخر وتحسينه عن الفساد وحفظ النسب وتحصيل الرزق ليعيم التكاليف هي صلة .

فلاختيار أنها عرض قلنا ثبتت إذا قضى بها أو اصطلمها عليها لأن ولايته على نفسه أعلى من ولاية القاضي عليه . ولاختيار أنها صلة قلنا تسقط إذا مضت المدة من غير قضاء ومضت بالميلين بقدر الأمكان .

ديناً في ذمة الزوج لها أن تطالب به مها طالت المدة . لكنه دين ضعيف يسقط بالأداء أو الأبراء كالدين القوي كما يسقط بغيرها كوت أحد الزوجين ونشوز الزوجة ، وطلاقها على رأي<sup>(١)</sup> فإذا نشزت أو مات أحدهما سقطت النفقة المتجمدة .

أما إذا وجد مع التراضي أو القضاء إذن صريح من الزوج أو القاضي لها بالاستدانة واستدانت بالفعل ومضى على ذلك مدة فإنها تصير ديناً قوياً في ذمة الزوج لا يسقط إلا بالأداء أو الأبراء ، فيحق لها المطالبة بما تجمد منها في أي وقت ، ولا يسقط حقها بتضييع المدة ، وإنما صارت ديناً قوياً في هذه الحالة لأن استدانتها بإذن الزوج تكون نيابة عنه ، فيكون الدين في ذمته ابتداءً لمن استدانت منه الزوجة ، وكذلك إذا كانت الاستدانة بأمر القاضي ، لأن أمره كأمر الزوج ، إذ القاضي أقم لرفع المظالم ، فإذا تعينت الاستدانة طريقاً لرفع الظلم عن الزوجة ولم يأمر الزوج بها أمر القاضي بالنيابة عنه فيكون أمره كأمر الزوج فيستقر الدين في ذمته ابتداءً .

وقد كان العمل في المحاكم المصرية يسير على هذا المذهب إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فأخذ بما هو مقرر في المذاهب الأخرى فنصت مادته الأولى على أنه « تعتبر نفقة الزوجة التي سملت نفسها لزوجها ولو حكماً ديناً في ذمته من وقت امتناع الزوج عن الأنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراخ منها ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الأبراء » .

وهذا التشريع قضى على تلاعب الأزواج الذين كانوا يتمتعون عن الأنفاق

---

(١) : الصحيح أنها لا تسقط بالطلاق أما الطلاق الرجعي فله ظهور أنه حية لتضييع حق الزوجة فإذا سقطت نفقتها واجبها بعد ذلك ، أما الطلاق البائن فينظر القاضي في حالة الزوجين قبل الطلاق فإن ظهر له من قرائن الأحوال أن الفرض منه إسقاط النفقة لا يعتبره مسقطاً وإن ظهر له غير ذلك اعتبره مسقطاً وحكم بسقوطها . ١ - ٥ .

على الزوجات ويتحايلون على تأخير الاتفاق أو الحكم بالنفقة بشتى أنواع الحيل اعتماداً على أن المذهب المعمول به يسقط النفقة عن المدة الماضية بمضي شهر فأكثر ما لم تكن مستدانة بالأمر بعد التراضي أو القضاء . وأمنت الزوجات على نفقتهن من الضياع وانسد باب التلاعب أمام الأزواج فأصبح للزوجة الحق في أن تطالب بتمجيد النفقة وإن لم يسبق تراض عليها أو قضاء بها ، ولا يسقط هذا التمجيد مهما كان يموت أحد الزوجين أو طلاق الزوجة أو نشوزها .

ثم ظهر عند تطبيق هذا القانون أنه بإطلاقه في مدة النفقة المتجمدة السابقة فقد فتح باباً آخر للتلاعب ولكنه من جانب الزوجات في هذه المرة ، حيث عمد بعضهم إلى تأخير المطالبة بالنفقة - اعتماداً على أنه لا تسقط منها طالت المدة - مدة كبيرة ثم يطالب بها دفعة واحدة ليقعن الأزواج في حرج بين . بل إن بعض من لا خلاق له منهن ادعى زوراً الامتناع عن الاتفاق عليهن من زمن طويل ، وبأن ذلك للطبقيين فعالج المشرع هذه الثغرة بتحديد أقصى مدة تسمع فيها دعوى النفقة في القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ فقصت المادة - ٩٩ - منه على أنه : « لا تسمع فيها دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية نهايتها تاريخ الدعوى » (١) .

ومن هذا الوقت امتلعت المحاكم عن سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية تزيد على ثلاث سنين ميلادية ، وجاء في المذكرة الأيضاحية لهذا القانون خاصاً بهذه المادة : « أما النفقة عن المدة الماضية فقد رُئي أخذاً بقاعدة تخصيص القضاء ألا تسمع الدعوى بها لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية نهايتها تاريخ قيد الدعوى ، ولما كان في إطلاق المطالبة بالنفقة المتجمدة عن مدة سابقة على رفع الدعوى

---

(١) وتعتبر الدعوى مرفوعة أمام المحكمة من يوم قيدها في الجدول العمومي كما نصت عليه المادة - ٥٩ - من ذلك القانون .

احتمال المطالبة بنفقة سنين عدة ترمق الشخص المزم بها رثي من المدل دفع صاحب الحق في النفقة إلى المطالبة بها أولاً فأولاً بحيث لا يتأخر أكثر من ثلاث سنين وجمل ذلك من طريق منع سماع الدعوى ، وليس في هذا الحكم ضرر على صاحب الحق في النفقة إذ يمكنه المطالبة بها قبل مضي ثلاث السنين .

ولكن هذه المذكرة لم تبين الحكمة من تحديد تلك المدة بثلاث سنين ولا سند ذلك التحديد ، ولعله اجتهد من واضعي مشروع هذا القانون ظنوه يحل المشكلة ، وما دام لم يوجد نص شرعي يستند إليه وقصد به رفع حرج عن الأزواج فقد أثبت التطبيق أن هذه المدة كافية لإيقاع كثير من الأزواج في الحرج ، لأنه قد يتجمع فيها مبلغ كبير .

فيجب على المشرع إعادة النظر في هذا التحديد ليسد هذه الثغرة وليس في إنقاص المدة ضرر على الزوجة لأنها ستطالب بحقوقها وتحصل عليه أولاً بأول وفيه رفع الحرج عن الزوج . هذا ما يجري عليه في المحاكم المصرية .

أما في لبنان فالمحاكم الجعفرية تسير على مقتضى المذهب الجعفري وهو يقضي بدم سقط متجمد النفقة مها طالت مدته ولا يتوقف الحكم بها على قضاء سابق أو اتفاق بين الزوجين .

أما المحاكم الحنفية فتسير على ما يقضي به قانون حقوق العائلة . وهو خليط من مذهب الحنفية والمذاهب الأخرى . حيث نصت المادة - ٩٥ - منه على أنه « تسقط نفقة المدة المارة قبل التقدير والتمجيل » والمراد بالتقدير فيها ما يشمل تقدير القاضي والتراضي بين الزوجين ، حيث نصت المادة المائة منه على أنه « لا يسقط التقدير المتراكم من النفقة المقدرة قضاء أو رضاء بالطلاق أو بوفاء أحد الزوجين ولا يسقط التبر مستند ان بأمر الحاكم بالنشوز » فهو يتفق مع مذهب الحنفية في أن النفقة لا تكون ديناً قبل تقديرها بالتراضي أو بالحكم ، وأنها لا تسقط بمضي المدة بعد ذلك ولا بالطلاق على الرأي الراجح ، ويخالفه في أنها

لا تسقط بالنشوز، وإن لم تكن مستدانة بأمر الحاكم ولا بموت أحد الزوجين.

#### تمجيل النفقة :

إذا عجل الزوج لزوجه النفقة عن مدة مستقبلة كسهر أو أكثر ثم حصل في تلك المدة ما يقتضي سقوط النفقة كشوز الزوجة أو موت أحد الزوجين فليس للزوج ولا لورثته استرداد باقي النفقة المعجلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف سواء كان باقياً أو مستهلكاً ، لأن النفقة وإن كانت واجبة جزاء احتباس الزوجة وقد فات بهذا العارض إلا أن فيها شبهة بالصلة ، والصلات تلك بالقبض فتكون كالهبة ، والزوجية مانع من موانع الرجوع في الهبة .

وذهب محمد بن الحسن والشافعي وابن حنبل والجمهورية إلى أنه يجب على الزوجة أو ورثتها رد نفقة المدة الباقية سواء كانت باقية أو مستهلكة ، لأن الزوجة تستحق النفقة جزاء احتباسها وقد فات بالموت أو النشوز فلا تستحق عوضه .

والعمل يجري في مصر على القول الأول باعتباره الراجح من مذهب الحنفية ولم يوجد في القوانين الصادرة ما يلغي العمل به .

وكذلك العمل بالمعالم السنبة بلبنان حيث نص قانون حقوق العائلة في المادة - ٩٣ - على أن « النفقة تصير معجلة بالتمجيل وإذا استوفتها الزوجة وقعت الوفاة أو الطلاق وهي موجودة عيناً بيدها فلا تسرد »

فقد نصت على عدم ردّها في حالتي الوفاة والطلاق وسكتت عن حالة النشوز فيرجع فيه إلى الراجح من مذهب الحنفية وهو عدم الرد أيضاً . أما المعالم الجعفرية فتسير على مذهبهم وهو وجوب الرد مطلقاً .

#### الأبراء من دين النفقة :

إذا كان الأبراء لا يكون إلا عن دين ثابت في ذمة المدين . فنفقة الزوجة

لا يجوز الأبراء عنها إلا إذا صارت ديناً في ذمة الزوج، وقد علمت أن مذهب الحنفية لا يعتبرها ديناً إلا بعد تقديرها بالقضاء أو التراضي، وأن المذاهب الثلاثة والمذهب الجعفري يعتبرونها ديناً بمجرد الامتناع عن الاتفاق بعد ثبوت وجوبها.

وعلى ذلك إذا قُجم للزوجة على زوجها نفقة من مدة ماضية فلا يصح إبراء الزوجة عنها عند الحنفية إلا إذا كانت مقدرة بقضاء أو بتراضي الزوجين. فإذا لم تكن كذلك لا يصح الأبراء عنها لأنها لم تثبت ديناً.

والمذاهب الأخرى يصحون الأبراء عنها لأنها تثبت ديناً في ذمة الزوج وهو الذي يجري عليه العمل في المحاكم المصرية والمحاكم الجعفرية بلبنان.

أما المحاكم السنية فإن قانون العائلة لم يمرض لهذه المسألة. فهل يرجع فيها إلى الراجح من المذهب الحنفي وهو لا يصح الأبراء عنها إلا بعد فرضها؟

الظاهر ذلك. وهو ما تشير إليه المادتان السابقتان لأن مضمونها لا يعتبر النفقة ديناً إلا بالقضاء أو التراضي.

أما النفقة المستقبلية فلا يصح الأبراء عنها بالاتفاق لأنها لم تجب بعد والأبراء إسقاط لدين وجب الوفاء به.

واستثنى من ذلك النفقة المستقبلية على مدة واحدة من المدة التي قررت فيها النفقة شهر أو أسبوع أو يوم بشرط أن تكون تلك المدة بدأت بالفعل، لأنه إذا بدأ الشهر مثلاً فقد وجبت النفقة فيه فيصح الأبراء، لأنه يجب تجنبين النفقة في أول المدة، ولا يصح الأبراء عما بعدها، فلو أبرأتها عن نفقة شهرين أو أكثر من المستقبلية وقد بدأ الشهر الأول صح الأبراء عن الشهر الأول وبطل الأبراء عما بعده.



ما استثنوا الأبراء عنها إذا كانت نفقة عدة في الخلع فيها إذا خالها عن أن  
تبرئه من نفقة المدة ، لأن الأبراء هنا في مقابلة عوض . هو تخليص الزوجة من  
عدة الزواج فيعتبر الأبراء استيفاء للنفقة قبل وجوبها ، فلا يكون الأبراء  
إسقاطاً محضاً . بخلاف إرثائه لا في نظير عوض فإنه إسقاط للشيء قبل وجوبه  
فلا يصح .

واستثنى الجعفرية الأبراء عن يوم واحد دخل أوله سواء أكانت مفروضة عن  
كل يوم أم عن كل أسبوع أم عن كل شهر أو سنة .

#### المكفالة بالنفقة :

يحدث في بعض حالات الزواج أن تطلب الزوجة أو وكيلها من الزوج أن  
يعطيها كفيلاً بنفقتها وبخاصة عند ما يكون الزوج لا مال له حيث يمش مع  
أهله من ماله .

كما يحدث بعد الزواج أن الزوج يريد السفر فتطلب الزوجة كفيلاً ليضمن  
لها نفقتها مدة غيابه زوجها . فهل تجاب الزوجة إلى ذلك وتكون الكفالة  
صحيحة أو لا

إذا عرفنا موقف المذاهب من نفقة الزوجة ومتى تكون ديناً ثابتاً في ذمة  
زوجها ، وطبقنا قاعدة الكفالة وأنها لا تكون إلا بدين صحيح قوي ثابت في  
ذمة المكفول عنه نستطيع أن نقول : إن جمهور الفقهاء الذين يعتبرون النفقة  
ديناً صحيحاً بمجرد وجود سببها دون توقف على القضاء أو التراضي يقولون  
بصحة الكفالة ، فإذا كفلها إنسان جاز لها مطالبتها بما إذا امتنع الزوج عن  
أدائها لا يفرقون في ذلك بين ما إذا طلبتها عند العقد أو بعده كان الزوج مقبلاً  
أو يريد السفر . وإن كان الشاقعية يقولون : إن الكفالة حتى بالنفقة الماضي

أما المستتقة فلا كفالة بها إلا على إحصار الزوج ليدفعها .

وأن الحنفية الذين لا يعتبرونها ديناً قوياً إلا بعد تقديرها واستدانة الزوجة لها بالفعل بعد أذنها بذلك ، أما قبل ذلك فهي إما دين ضعيف أو ليست ديناً يقولون : إن القياس يقضي بعدم صحة الكفالة قبل أن تصير ديناً قوياً لأنه قبل فرضها لم يتقرر فيها شيء معلوم على الزوج حتى ترد عليه الكفالة ، وبعد فرضها قبل استدانتها وإن صارت ديناً إلا أنه دين ضعيف لا تصح الكفالة به ، لكنهم استحسنوا جواز الكفالة بها بعد الفرض على خلاف القياس ، لأنها صارت معلومة وضفها لا يمنع من كفالتها ، لأن في ذلك رفعةً للزوجات وأمانة لمن على الوصول إلى حقهن في النفقة التي تتوقف عليها حياتهن .

أما أبو يوسف فقد أجاز الكفالة بالنفقة مطلقاً قبل فرضها وبعده لما فيه من تسهيل أمر حصول الزوجة على نفقتها وقوله هو المفتى به في المذهب .

والعمل يجري في مصر على صحة الكفالة بالنفقة مطلقاً لأن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ اعتبر نفقة الزوجة ديناً في ذمة الزوج بمجرد وجود سببها وإذا كانت ديناً ثابتاً صحت بها الكفالة ، من أجل ذلك جعل في الوثيقة الرسمية للزواج مكان خاص بالكفالة لينتدون فيه كفالة الكفيل للزوج في المهر والنفقة أو في أحدهما .

وكذلك العمل في المحاكم السنية في لبنان ، لأن قانون حقوق المائة لم يصرح بحكم الكفالة فيكون العمل فيها بالراجح من مذهب الحنفية وهو قول أبي يوسف السابق الذي يصحح الكفالة بها مطلقاً .

أما المحاكم المصيرية : فتسير على المذهب الجعفرى وهو لا يجعل للزوجة نفقاً في أخذ كفيل بالنفقة المستتقة جبراً على الزوج مطلقاً فرضت أو لم تفرض .

لأنها لم تثبت ديناً في ذمة الزوج والكفالة إنما تكون بدين ثابت ، ولهذا لم يجوزوا الأبراء عنها إلا عن يوم واحد بدأ بالفعل ، أما النفقة المتجمدة السابقة فقد أصبحت ديناً ثابتاً في النعمة فلا مانع من كفالتها <sup>(١)</sup> .

وعلى هذا إذا أراد الزوج السفر وخشيت الزوجة ألا تحصل على نفقتها مدة غيبته فطلبت كفيلاً يضمن لها نفقتها مدة غياب زوجها .

فأمر حنيفة يذهب إلى أنه لا يجيبها إلى طلبها إلا إذا كانت النفقة مفروضة لمدة شهر واحد استحساناً ، أما في غير ذلك فلا تجوز الكفالة بها .

أما أبو يوسف فسار على مبدئه من إطلاق صحة الكفالة بالنفقة مطلقاً . فيجب على القاضي إجابة طلبها ويعبر الزوج على إعطائها كفيلاً بمدة الغيبة قصيرة أو طويلة .

والفتوى على قوله لما فيه من حفظ حق الزوجة وأيسر طريق ما في الحصول على نفقتها ولا ضرر فيه على الزوج . وهو قول الأئمة الثلاثة <sup>(٢)</sup> .

### القاصة بدين النفقة

يحدث في بعض الأحوال أن يكون للزوج دين على زوجته كمن شيء بآبائه

---

(١) يقول الحلي في شرائع الإسلام ج ١ ص ٢٧ في كتاب الضمان « ويصح ضمان النفقة العائقة والمفطرة الزوجة لاستقرارها في ذمة الزوج دون المستبقة » .

(٢) وأجمع الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٠٠ وكشاف القناع ج ٥ ص ٤٨٠ .

لها في الوقت الذي يكون للزوجة نفقة متجمدة ، فإذا أراد أحدهما أسقاط ماعليه في نظير ماله عند الآخر بطريق الخاصة فهل يجب إلى ذلك ؟  
من المتفق عليه بين الفقهاء أن الدينين المتساويين تقع الخاصة بينهما بطلب أحد الطرفين ولو لم يرش الطرف الآخر ، وإذا لم يتساويا فإنه لا يجب طلب صاحب الدين الضعيف إلا إذا رضي الطرف الآخر .

وإذا كان دين النفقة قد اختلف فيه الفقهاء على الوجه السابق . وأنه عند الأئمة الثلاثة ومعهم الجعفرية دين صحيح فتقع الخاصة بين الدينين جبراً عند طلب أحدهما لا فرق بين أن يكون الطالب الزوج أو الزوجة لتساوي الدينين في القوة ولا يكون للآخر حق الامتناع ، خير أن الحنابلة والجعفرية شرطوا لإيجاب طلب الخاصة فيما إذا كان الطلب من الزوج عن النفقة المستقبلية أن تكون الزوجة موسرة ، فإن كانت معسرة لا يجب إلى طلبه إلا إذا رضيت الزوجة بذلك ، لأن قضاء الدين لا يكون إلا فيما يفضل عن القوت حيث إن إحياء النفس مقدم على وفاء الدين .

أما الحنفية فيقولون : إنه يجب طلب الخاصة من الجانبين إذا كانت النفقة ديناً قوياً بأن كانت بعد القضاء أو التراضي واستدانتها الزوجة بأذن سابق ولا يعوز للآخر الامتناع ، أما إذا كانت غير ذلك فإنه يجب طلب الزوج ، وإن لم ترش الزوجة لأن دينه أقوى من دينها ، أما طلب الزوجة فلا يجب إلا إذا رضي الزوج بذلك .

هذا والمعمول به في مصر هو أن الخاصة من أحد الجانبين مقبولة وليس للآخر الخيار ، لأن القانون أخذ بمذهب الأئمة الثلاثة في دين النفقة وهو اعتبارها ديناً قوياً فتساوى مع ما للرجل عليها ، وكذلك في المحاكم السنية بلبنان إذا

كانت النفقة مفروضة بالتراضي أو القضاء ، أما قبل فرضها فطلب المتعاسة من الزوجة لا يجاب إلا بموافقة الزوج .

أما في المحاكم الجعفرية فيمقتضى مذهبهم الذي يشترط لأجابة طلب الزوج للمتعاسة يوماً فيوماً أن تكون المرأة موسرة أو قرضى بذلك <sup>(١)</sup> .

---

(١) ففي شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٧ : إذا كان له على زوجته دين جاز أن يقاسمها يوماً فيوماً إن كانت موسرة ، ولا يجوز مع إعسارها لأن قضاء الدين فيها يفضل عن القوت ولو رضيت بذلك لم يكن له الامتناع .



## القسم الثاني

### في فرق الزواج

وفيه أربعة أبواب

الباب الأول : في الطلاق وأقسامه

الباب الثاني : في التفريق بين الزوجين بواسطة القضاء

الباب الثالث : في اللعان والأيلاء والظهار

الباب الرابع : في الندة وأنواعها وأحكامها





## فرق الزواج

**تمهيد:** في التعريف بالفرق وبيان سبب شرعيتها ، والفسخ والطلاق والفرق بينها .

الفرق جمع فرقة : وهي في اللغة اسم من الافتراق ضد الاجتماع . أهم من أن تكون بين الزوجين أو بين كل مجتمعين ، والفقهاء يريدون بها انقطاع العلاقة الزوجية بين الزوجين ، وكما تطلق على الأثر تطلق على السبب المشروع الموصل إلى ذلك . كتطليق الزوج زوجته ، وظهور ما يقتضي انفساخ الزواج أو حكم القاضي به ، وإذا كاد عقد الزواج مشروعا لمقاصده العظيمة التي بناها فيها سبق وهو لا يحققها إلا بدوامه واستقراره ، وأن الشارع أرشد إلى الوسائل الموصلة إلى هذا الاستقرار وحض عليها في أكثر من نص . فمن حسن اختيار للزوجة . « فاطفر بذات اللين تربت يداك » إلى تحذير من الانخداع بالجمال القبيح « إياكم وخضراء الدمن » إلى حسن المعاشرة والتسامح في المعاملة « وعاشروهن بالمعروف » . إلى نهي عن أسباب المضارة « ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا » . إلى التنبيه إلى أن مجرد الكراهة الطارئة لا يكفي في الأقدام على المخارقة « فإن كرهتموهن فمسي أن تكرهوا شيئا ويمح الله فيه خيرا كثيرا » ، وهذا في الواقع تشكيك في الشعور بالكراهة للزوجة ، وفي هذا يقول رسول الله ﷺ : « لا يفرق مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقا رضي منها آخر » أي لا ينفص مؤمن مؤمنة فيتركها لذلك .

ويقول عمر بن أرواد أن يطلق امرأته لأنه لا يحبها : ويحك أولم تكن البيوت إلا على الحب ؟ فأين الرعاية وأين التذمم ؟ <sup>(١)</sup> يريد : أين ما عليك من واجب الرعاية وقد جعلك الله قواماً على الزوجة والأسرة ، وأين الترفع عن ارتكاب ما يتنافى مع الكرامة الإنسانية .

ومن توجيهه إلى الإصلاح الداخلي بينها إن بدر النزاع من جانب الزوج وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليها أن تصلحاً بينهما صلحاً والصلح خير ، أو التأديب المرتب من جانب الزوج إذا ما انحرفت المرأة ، واللاتي تخافون نشوز من قمظوهن وامجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً .

فإن عجزا عن الإصلاح أو لم يقد التأديب انتقل الإصلاح إلى الأهل على مستوى الجماعة ، وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان علماً خبيراً .

فإذا لم ينفع التأديب ولم يؤد الإصلاح إلى نتيجة واستعجم النزاع واتسعت شقة الخلاف فليس من المصلحة في شيء بقاء تلك الزوجية المضطربة ويتمين فهم عراها ليستأنف كل منها حياة زوجية أخرى تؤتى ثمرها ، وإن يترفا يقن الله كلا من سمته وكان الله واسعاً حكيماً ، فكان الطلاق علاجاً لما استعصى من أمراض الزوجية . فهو لم يشرع إلا للعلاج لذا كان وضعه في غير موضعه بفيضاً إلى الله يشير لذلك حديث رسول الله « أبغض الحلال إلى الله الطلاق » .

ومن أضمن النظر في طريقة تشريعه والكيفية التي رسمها الشارع لإيقاعه لا يداخله شك في أنه سبيل من سبل العلاج يعطى في وقت معين وبطريقة خاصة

---

(١) يقال . تلم الرجل من كذا أي وكه رقماً واستكثماً من فقه .

فقد جمعه على مراحل ثلاث « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ... إلى أن قال « فإن طلقاً فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » .

ثلاث تطبيقات لا ينقطع رباط الزوجية في الأولين منها ، بل تبقى المرأة في بيت الزوجية إنتظاراً لرغبة الزوج في العودة إليها ( يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفأحشة مينة وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً » .

فإن شاء أحدهما دون أن يتدخل أحد في ذلك « ويموتن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً » ، فإذا ما راجعها في هاتين أثناء العدة أو عقد عليها بعد انتهائها عادت الحياة الزوجية ، فإن تنازعا بعد ذلك وكانت الثالثة انقطع الرباط وانتهى الحل بينها ، ولا يملك إعادتها إلا بعد التجربة القاسية وهي التزوج بزواج آخر والدخول بها ، فإذا ما رغب عنها في أي وقت وطلقها وانتهت عدتها حل الأول أن يقدم على زواجها مرة أخرى « فإن طلقها فلا جناح عليها أن يراجعا إن ظننا أن يقيما حدود الله » ، بهذا يتبين أن للفرقة بين الزوجين شرعت في الإسلام لملاج ما يطرأ على الحياة الزوجية من طوارئ تهددها ، فقد يخطئ أحد الزوجين في اختيار الآخر ، ولا يتبين له ذلك الخطأ إلا بعد الزواج ، فقد يكون بأحدهما عيب لا تستقيم الحياة الزوجية معه ، وقد يطرأ أمر لم يكن في الحسبان فتصل النفرة محل الوفاق .

أنواع الفرق : تتنوع الفرق إلى نوعين . فرق تعتبر طلاقاً ، وفرق تعتبر فسخاً :

والفرق بينها : أن الطلاق إنهاء للعقد الزواج في الحال إن كان بائناً أو في المال إن كان رجبياً ، والفسخ نقض للعقد ويخضع له إما من أساسه وأوله

كان لم يكن كالفسخ بخيار البلوغ أو الأفاقة ، وإما من وقت وقوع سببه كما في ارتداد أحد الزوجين .

وهذا التقسيم يظهر أثره في أمور :  
أولها : أن الفرقة التي هي طلاق تحسب من المدة الذي يملكه الزوج من التطلعات ، فلو عادت إليه بعد الطلاق عادت بإبقي من الثلاث ، والفرقة التي هي فسخ لا تحسب منها .

وثانيها : أن الطلاق غير المكمل للثلاث يلحقه الطلاق في المدة ، لأن المقد باق بعده ، وأما الفسخ فلا يلحقه طلاق في المدة ، لأن الفسخ - كما قلنا - نقض للمقد فلا محل للمقد ، ويستثنى من ذلك ما إذا كانت الفرقة بسبب ردة الزوجة أو إبانها عن الأسلام فإنه يقع عليها الطلاق في المدة عقوبة وزجرا لها .

وبهذا أخذ قانون المائة في المادة - ١٠٣ - ونصها « محل الطلاق المرأة المتكوجة بالتكاح الصحيح أو الممتدة أما الزوجة الممتدة التي فسح نكاحها ليست محلا للطلاق » .

ثالثها : أن الفرقة التي هي طلاق إذا كانت قبل الدخول أو الخلو الصحيحة توجب للزوجة إما نصف المهر أو المتمة ، أما الفرقة التي هي فسخ إذا وقعت قبلها فلا توجب لها أي شيء سواء كانت من جانب الزوج أو من جانب الزوجة ، ويستثنى من ذلك إذا كانت الفرقة بسبب ارتداد الزوج عند أي حنيفة وأي يوسف فإنه يجب للزوجة نصف المهر أو المتمة .

وقد وضع فقهاء الحنفية ضابطا لكل من النوعين فقالوا :

إن الفرقة تكون طلاقا إذا كانت من قبل الزوج أو من ينوب عنه من وكيل أو قاض بلفظ من ألفاظ الطلاق أو الخلع ، والفرقة التي يوقمها القاضي بسبب

عيب الزوج والتي توقعها المرأة بتفويض من الزوج .

وتعتبر فسخاً إذا كانت بسبب ما اقترن بالمقد مما يفسده أو يجعله غير لازم سواء كان من قبل الزوج أو الزوجة ، أو طراً عليه مما يوجب حرمة المصاهرة منهما أو من جهة الزوجة من غير تفويض من الزوج كردتها أو إبانها عن الإسلام وهي غير كتابية ، هذا باتفاق أئمة المذهب ثم اختلفوا في أمرين :

١ - ردة الزوج أو إبانها عن الإسلام إذا أسلمت الزوجة . فأبو يوسف يذهب إلى أن الفرقة فسخ فيها لأنها من قبل الزوجة فسخ بالاتفاق والسبب متحد .

ويرى محمد أنها طلاق فيها لأنه واجب عليه الطلاق في هذه الحالة ، فإذا لم يفعل نائب القاضي عنه ، وأبو حنيفة يعتبر الفرقة بإباحة الزوج عن الإسلام طلاقاً للمعنى الذي قاله محمد ، وبالردة فسخاً لأن الردة كالموت والفرقة به لا تعتبر طلاقاً .

٢ - الفرقة باللمان فأبو حنيفة ومحمد طلاق بائن لأنها تزول بتكذيب الزوج نفسه ، ويقولهما يجري العمل ، وأبو يوسف يعتبرها فسخاً لأنها مؤبدة .

فيتلخص من ذلك أن الفرقة تكون طلاقاً في المواضع الآتية :

- ١ - ما تكون بلفظ من ألفاظ الطلاق - ٢ الخلع - ٣ - الأيلاء وهو أن يحلف الزوج ألا يقرب زوجته مدة أربعة أشهر ، فإذا مضت دون قربان طلقت منه طلاقاً بائناً - ٤ - التفريق لعيب في الزوج ككونه غنياً أو مجبوراً .
- ٥ - التفريق باللمان عند أبي حنيفة ومحمد - ٦ - التفريق بسبب امتناع الزوج عن الإسلام عند أبي حنيفة ومحمد وهو الراجح في المذهب ، ويلحق بهذا التفريق لعدم الاتفاق أو للقبية ، والتفريق لسوء العشرة ما هو معمول به في مصر وهو مأخوذ من مذهب المالكية والحنابلة .

وتكون فسخاً في المواضع الآتية :

١ - التفريق لعدم صحة العقد - ٢ - التفريق بما يوجب حرمة المصاهرة منها - ٣ - التفريق بخيار البلوغ أو الأفاقاة منها - ٤ - التفريق لعدم كفاءة الزوج أو نقصان المهر - ٥ - التفريق بسبب ردة الزوجة أو امتناعها عن الإسلام بالاتفاق، وردة الزوج على الراجع من مذهب الحنفية والجمهورية - ٦ - امتناع الزوج عن الإسلام عند إسلام الزوجة عند أبي يوسف .

وبعد هذا تنقسم الفرق مطلقاً - سواء كانت طلاقاً أو فسخاً - إلى نوعين نوع لا يحتاج إلى قضاء القاضي ونوع لا يقع إلا بالقضاء .

والحد الفاصل بينهما : أن ما كان سببها ظاهراً لا خفاء فيه لا يحتاج إلى قضاء القاضي .

أما ما كان سببها خفياً يؤدي إلى الخلاف والنزاع بين الزوجين فتححتاج إلى القضاء ليفصل ذلك النزاع .

ويظهر أن ذلك الفرق في أن الفرقة التي تحتاج إلى القضاء لا يتأثر عقد الزواج بها قبل القضاء فتبقى الزوجية إلى أن يقضي بها، فلو مات أحد الزوجين قبل القضاء ورثه الآخر ما لم يمنع مانع من إرثه ويكمل المهر للزوجة بالموت ، أما التي لا تحتاج إلى القضاء فتعتبر موجودة بمجرد وجود سببها ، فلو مات أحدهما قبل أن يفارقا لا يرث أحدهما الآخر .

فمن الفرق التي تحتاج إلى القضاء :

١ - الفرقة بسبب خيار البلوغ أو الأفاقاة سواء كان من قبل الزوج أو الزوجة - ٢ - الفرقة بسبب اللعان - ٣ - الفرقة بسبب عدم الكفاءة .  
٤ - الفرقة بسبب العيب في الزوج - ٥ - الفرقة بسبب إباء أحد الزوجين عن

الأسلام عند إسلام الآخر . ٦ - الفرقة بسبب الشقاق والمضارة بالزوجة أو غيبة الزوج أو حبسه أو عدم النفقة للأعسار أو الامتناع عنها .  
أما التي لا تحتاج إلى القضاء .

١ - ما كانت بلفظ من ألفاظ الطلاق أو الخلع - ٢ - ما كانت بسبب الإيلاء - ٣ - الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين ، أما إذا ارتدا معاً فلا يفرق بينهما على الراجح من مذهب الحنفية ، فلو عادا إلى الأسلام معاً كانت الزوجية الأولى باقية ولا يحتاجان إلى عقد جديد .

٤ - الفرقة بسبب ما يوجب حرمة المصاهرة من أحد الزوجين - ٥ - الفرقة بسبب فساد العقد . هذا التقسيم عند الحنفية . أما الجعفرية فيذهبون إلى أن الفرقة مطلقاً طلاقاً أو فسخاً لا تحتاج إلى القضاء .





# البَابُ الأول

في الطلاق

وفيه فصول



## الفصل الأول

في التعريف وحكمة تشريعه ولأن يكون حق الطلاق وسفته الشرعية

مادة الطلاق والأطلاق في اللغة : تدل على الأرسال ورفع القيد والمفارقة .  
يقال : أطلق الأسير إذا أرسله ورفع قيده ، وطلق بلده إذا فارقه ، وطلق  
زوجته أي فارقه وحل رباط الزوجية ، وإن كان العرف يخص الطلاق برفع  
القيد المعنوي ، والأطلاق برفع القيد الحسي .

فالطلاق في الاصطلاح : هو حل رابطة الزوجية الصحيحة من جانب  
الزوج بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه في إغمال أو المال .

فاللفظ المخصوص هو ما كان صريحاً في الطلاق أو كناية عنه بما يحتاج إلى  
نية ، والذي يقسم مقامه الكتابة والأشارة ، والذي يحملها في الحال هو  
الطلاق البائن ، والذي يحملها في المال هو الطلاق الرجمي كما سيأتي ، والطلاق  
مشروع بالقرآن والسنة والأجماع .

والحكمة في شرعيته : إن الإسلام شرع الزواج وجعله عقد الحياة حتى جعل التوقيت فيه مبطالا ، وأحاطه بكل الضمانات ليستقر فيؤتي ثمراته الطيبة ، وهو لا يكون كذلك إلا إذا تحقق التوافق بين الطرفين وسكن كل منهما إلى صاحبه وارتبط قلباهما برباط المودة ، وشاعت بينها الثقة وعرف كل منهما ما للآخر عليه من حقوق .

وقد يطرأ على تلك الحياة الشقاق المنبعث من تنافر القلوب بعد توافقها من انحراف جديد، أو انكشاف ما قد يخفى عند الاقتران مما يبذل الثقة ، أو إصابة أحدهما بمرض لا تستطاع معه المعاشرة مما يجعل الحياة جميعا لا يطاق أو عذابا لا يحتمل .

نظر الشارع إلى ذلك لأنه دين واقفي يشرع للناس حسبا يقع في حياتهم ولا يفض عنه عن مشاكل الحياة فيوجد لها الحلول ففتح المجال لإنهاء الزوجية عند ما تتعرض للخطر الذي يتعذر معه الاستمرار فيها ، فكانت شرعية الطلاق ليحسم ذلك الداء بعد عجز طرق الإصلاح المديدة التي أرشد إليها من تأديب وأصلاح داخلي وأصلاح على مستوى الجماعة ، ومع ذلك جعله أبغض الحلال إلى الله .

### لمن يكون حق الطلاق ؟

والطلاق في الأصل حق للزوج . لأن النصوص من القرآن والسنة أسندته إلى الرجل . « يأيا النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لمدتهن » الطلاق/١ ، « ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تقرضوا لمن فريضة » البقرة/٢٢٦ ، « يأيا الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن » الأحزاب/٤٩ ، وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا » النساء / ٢٠ .

وقول رسول الله ﷺ « يا عبد الله بن عمر طلق زوجتك » وقوله « مرة

فليراجعها . ثم يطلقها ، وقوله : « ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينها إنما الطلاق لمن أخذ بالساق »<sup>(١)</sup> ، فهذه النصوص صريحة كل الصراحة في أن الطلاق حق للزوج ، وليس ذلك غيباً للمرأة بل هو حفاظ عليها وتقديس للرابطة الزوجية ، لأن الشارع الذي أوجب على الزوج المهر وجعله مسؤولاً عن الأسرة يسمى من أجلها ويقوم بإجباتها ، والرجل بطبيعته أضبط لمشاعره من المرأة فيكون أحرص على بقاء الزوجية لما تحمله من نفقات ولجنباً للتمعات المالية التي تلحقه بسبب الطلاق من مؤخر الصداق ونفقة العدة ، ومن مهر جديد ونفقات أخرى إذا ما رغب في التزوج مرة أخرى .

ولو جعل الطلاق بيد المرأة لاضطربت الحياة الزوجية ولما استقر لها قرار لسرعة تأثرها وانفداعها وراء العاطفة ، وليس هناك ما يحملها على التروي والآلة حيث لا تقرم شيئاً .

على أن الشارع لم يجعل جانبها ، بل جعل لها الحق في أن تقتدي نفسها برده ما دفعه الزوج لها من مهر « ولا جناح عليها فيما اقتدت به » .

كما جعل لها أن ترفع أمرها إلى القاضي ليطلقها من زوجها إذا ما انصرف والحق بها ما يوجب التفريق من أذى أو عدم إتفاق ، وأوجب على القاضي أن يحييها إلى طلبها إذا ما ثبت لديه ما تدعيه .

وأكثر من هذا جعل لها الحق في أن تشترط لنفسها عند المقد أن تكون المصبة بيدها كما يرى بعض الفقهاء ، قد يقال : ولم لم يجعلها حقاً مشتركاً بينهما يتفقان عليه كما اتفقا على الزواج ؟؟

والجواب : أن ذلك غير مقبول ، لأن الطلاق شرع كمسلاج لاضطراب

---

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٠٣ .

الحياة الزوجية ، فلو جعلنا أمر الطلاق إليها معالما وصلا إلى اتفاق غالبا ، لأن أحدهما يريد التفراق والآخر لا يريد ، فيعمل على الكيد للآخر فتصبح الحياة جحما لا يطاق .

ثم أنها غير متساويين في المسؤولية فأحدهما سيفرم نتيجة لوقوع الطلاق والآخر لا يكلف بشيء .

### نقل هذا الحق للقاضي

إن ما اقترح أخيرا من وضع الطلاق بيد القاضي . لكي يسوي بين الرجل والمرأة ويكون ضمانا مانعا من الانحراف في الطلاق .

هذا الاقتراح لا يحل المشكلة بل يزيد تعقيدا لأن أسباب الطلاق قد ترجع إلى أمر نفسي من البغض والنفور ، وقد ترجع إلى أمر يتعلق بسيرة أحد الزوجين ، فإن كان الأول فكيف يستطيع طالبه أن يقنع القاضي بأنه يكره زوجته أو ينفر منها ولا يستطيع إقامة البينة على ذلك حتى يحكم له بما يدعي ، ثم إن إقرار أحدهما بذلك لا يكون حجة على الآخر .

وإن كان الثاني فهو كشف لأسرار من الخير سترها وعدم إذاعتها بين الناس لأنها تمرقل الطريق أمام الزوجين بصد انفصالهما في استئناف حياة زوجية أخرى .

مع ما في هذا الأمر من الحكم على جميع الأزواج بعدم صلاحيتهم لاستعمال حق ملكه الشارع لهم وأنهم محتاجون لوصاية القضاة عليهم ، بل إن القاضي الذي يفصل في هذا الأمر بين الناس لو احتاج إلى الطلاق لم يكن أهلا له فيحتاج إلى وصاية قاض آخر ؟؟

وعلى كل حال فالطلاق تشريع استثنائي لا بلجا إليه إلا عند الحاجة ، وليس

أمرأ مباحا أو مرغوباً فيه يستعمله الزوج كيفما شاء ومتى شاء لتنفيذ الشارع منه في أكثر من نص .

من ذلك قول رسول الله ﷺ : « لا تطلق النساء إلا من رغبة إن الله لا يحب الذواقين والنواقات » ، وقوله : « أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة » .

ومن هنا ذهب أكثر الفقهاء إلى أن الأصل في الطلاق الحظر ، ولا يباح إلا عند وجود سبب يدعو إليه كسوء سلوك الزوجة أو إيذاها الزوج أو أهله أو الجيران بالقول أو الفعل ، واستندوا إلى النصوص السابقة .

ومن ذهب من الفقهاء إلى أن الأصل فيه الأباحة وأنه حق مطلق يستعمله الزوج متى شاء ليس لهم دليل صحيح يثبت دعواهم غير أن رسول الله طلق بعض زوجاته ، وأن بعض أصحابه وقع منهم الطلاق ، وهذا لا يفيدهم في دعواهم ، لأنه لا يعقل أن يقع طلاق من هؤلاء من غير سبب مشروع أو حاجة تدعو إليه .

**حكم الطلاق : بمعنى صلته الشرعية .**

وإذا كان الأصل فيه هو الحظر وأنه لا يجوز الإقدام عليه إلا لسبب والأسباب تختلف في قوتها وضعفها ، ومن هنا اختلفت صفة الطلاق الشرعية باختلاف البواعث عليه .

فقد يكون مباحا يستوي فيه جانب الفعل والتارك إذا كان الباعث عليه ضميراً مجرد النفور الطبيعي بين الزوجين .

وقد يكون مباحاً إذا كان الدافع له سوء أخلاق الزوجة وإيقاعها الأذى بزوجها أو أقاربه أو جيرانه بالقول أو بالفعل أو كانت تاركاً لحقوق الله من

صلاة وصيام، فإنها بسلوكها هذا تكون قدوة سيئة لأولادها ويخشى عليهم من أن يشبوا على منهجها فيستععب طلاقها .

وقد يكون واجبا إذا كان الباعث عليه أمراً يقوض الحياة الزوجية كتهانوها في عرضها وشرفها بسلوكها المسالك المريبة ، أو استحكam الشقاق بين الزوجين وعجز الحكمان عن الإصلاح بينها .

أو كان بالزوج عيب يحول بين الحياة الزوجية وبين أدائها وظيفتها ككونه غنيا أو محبوبا أو ما شاكل ذلك ، وقد يكون مكروهاً تحريماً إذا لم يكن له سبب يبرره .

وقد يكون حراما إذا وقع على غير الوجه المشروع بأن طلقها في الحالة التي نهى الشارع عن الطلاق فيها . كالطلاق في الحيض قاصدا الأضرار بها وتطويل عدها .



## الفصل الثاني

في ركن المطلق، ومن يقع منه، ومن يقع عليها، وطريقة إيقاعه  
وفيها مباحث

### المبحث الأول

ركن المطلق وبم يتحقق ؟

المراد بالركن هو اللفظ الذي يفيد معنى الطلاق أو ما يقوم مقامه من  
الكتابة والأشارة . فيكون المطلق بواحد من ثلاثة . العبارة والأشارة  
والكتابة .

أما العبارة : فهي اللفظ الذي يدل على حل رابطة الزوجية بحيث يفهم  
منه التطبيق لفة أو حرفاً بأي لفة كانت سواء كان اللفظ صريحاً أو كناية  
وسواء كان منجزاً أو معلقاً أو مضافاً . بشرط أن يكون المتكلم بها فاعها لمعناها  
هذا عند الحنفية وجمهور الفقهاء .

ولكن الجعفرية يشترطون في لفظ الطلاق أن يكون صريحاً من مادة الطلاق

بصفة اسم الفاعل كانت طالق أو فلانة طالق ، أو هي طالق بلفظ فصيح غير ملحونة ولا منصحفة مضافاً إلى الزوجة غير معلق على شرط أو صفة حق ولو كان معلوم التعقق . مثل إن طلعت الشمس فأنت طالق ، كما يشترطون لوقوعه حضور شاهدين عدلين يسمعان لفظ الطلاق ، ولا يقع بغير العربية مع القدرة على التلفظ بها ، والأولى للأعجمي والأخرس أن يوكل بالطلاق عنها إن أمكن <sup>(١)</sup> .

وقانون حقوق العائلة في المادة - ١٠٩ - يسير على مذهب الحنفية ، ونصها « الطلاق يقع بالألفاظ الصريحة وبألفاظ الكتابة المتعارف عليها بحكم الصريحة أما الغير متعارف عليها فوقع الطلاق بها متوقف على نية الزوج ، وإذا اختلف الطرفان في كون الزوج نوى الطلاق أم لا فيصدق الزوج بيمينه » .

أما الإشارة : فلا يقع بها الطلاق إلا من الأخرس العاجز عن الكتابة على رأي الرأى عند الحنفية كما سبق في الزواج ، فإن كان قادراً على الكتابة فلا يقع طلاقه بالإشارة ، لأن الكتابة أقوى في الدلالة من الإشارة ، والجمعوية يذهبون إلى أن إشارة الأخرس يقع بها الطلاق ما دامت مفهومة ، ولا يشترط عجزه عن الكتابة كالرأي الآخر عند الحنفية ، وإن كان الأولى عندهم أن يوكل عنه شخصاً آخر ليطلق بالعبارة .

أما الكتابة : فإما أن تكون مستبينة أي واضحة باقية كالكتابة على الورق أو على الحائط مثلاً أو غير مستبينة كالكتابة على الهواء أو في الماء .

---

(١) ولكنهم قرروا أنه عند اختلاف الزوجين بأن كان أحدهم شياً أو الآخر شيعياً فالعبرة بملعب الزوج . فإن كان شيعياً فطلاقه لا يقع إلا إذا كان الطلاق طر وفق مذهب ، وإن كان شياً وقع الطلاق بما يقع به عند أهل السنة .

ولحل موجب ذلك إلى أن الطلاق حق الزوج فالعبرة بما يعتقد فيه .

الأحوال الشخصية محمد جواد مفاتيح ١٣٢ ، ص ١٣٣ وشرائع الإسلام ج ٢ ص ٥٥٠ ،

والمستبينة إما أن تكون مرسومة أي معنونة موجبة للزوجة كما توجه الرسائل أولاً، فإن كانت غير مستبينة فلا يقع بها طلاق، وإن كانت مستبينة مرسومة وقع بها الطلاق من وقت الكتابة إلا إذا قيد الوقوع بزمان الوصول أو غيره. فإنه يقع من الوقت الذي حدده سواء نوى بها الطلاق عند الكتابة أو لا.

أما المستبينة الغير المرسومة كأن يكتب على ورقة: فلانة طالق ولا يرسلها إليها أو يكتب على جدار: طلقت زوجتي فإنه لا يقع بها الطلاق إلا إذا نواه، فإن لم ينوه بأن قال: أودت تجربة القلم أو الخط فلا يقع لظهور هذا الاحتمال في تلك الحالة.

أما الجعفرية فقد قيدوا وقوع الطلاق بالكتابة بما إذا كانت من المعاجز عن النطق فقط سواء كان حاضراً أو غائباً على المتمدع<sup>(١)</sup>.

وإذا كان الحنفية يوسعون في الألفاظ التي يقع بها الطلاق ولا يقصرونها على الألفاظ الصريحة كما يذهب الجعفرية فكان اللفظ الذي يقع به الطلاق عندهم نوعان. صريح وكتابة.

فالصريح هو اللفظ الذي يفهم منه معنى الطلاق عند التلفظ به دون حاجة إلى شيء آخر. فيدخل فيه الألفاظ التي وضعت شرعاً للطلاق. نحو أنت طالق وطلقتك ومطلقة، والألفاظ التي تستعمل عرفاً في الطلاق مثل: أنت محرمة وحرمتك وأنت على حرام وأنت خالصة.

وحكمه: أن الطلاق يقع به قضاء وديانة دون توقف على نية أو قرينة،

(١) يقول الحلي في شرائع الإسلام ج ٢ ص ٥٥: ولا يقع الطلاق بالكتابة من الحاضر وهو قادر على التلفظ، نعم لو عجز عن النطق فكتب فربما به الطلاق صح وقيل: يقع بالكتابة إذا كان غائباً عن الزوجة وليس يعتمد.

لأن صراحته لا توجهه في الدلالة إلى شيء آخر وراء اللفظ . متى قصد التلطف به عالمًا ببدلوله وأضافه إلى زوجته .

فإذا قال لزوجته : أنت طالق ثم ادعى أنه لم يرد به الطلاق بل أراد به شيئًا آخر لا يعتمده اللفظ لا يلتفت إلى دعواه ووقع الطلاق قضاء وديانة ، فإن ادعى أنه أراد به الطلاق من وثاق ولم توجد قرينة تدل على ذلك صدق ديانة لا قضاء ، فلو وجدت تلك القرينة ، كما لو أكرهه على الطلاق فنطق بكلمة الطلاق ثم ادعى أنه أراد الطلاق من وثاق فإنه يصدق في ذلك قضاء وديانة ، لأن الأكره قرينة صارفة عن إرادة الطلاق ، ومثل ذلك ما إذا كانت زوجته موثقة بقيد وسأله أن يطلقها من وثاقها فيطلقها منه قائلاً لها : أنت طالق فإنه يصدق إذا أقسم أنه أراد ذلك .

والكناية : هي كل لفظ لم يوضع لحنى الطلاق ولم يتعارف الناس قصر استعماله على الطلاق مثل : إلحي بأهلك أو ادعي اليهم فإنه يحتمل الحقي بهم لأنني طلقته أو ابعدني عني الآن ، ومثل أنت بائن أو أمرك بيدك ، وأنت واحدة واستبرئي رحمتك وغير ذلك من الألفاظ التي لا يفهم منها الطلاق إلا بالقرينة أو بالنية .

وحكمها : أن الطلاق لا يقع بها إلا بالنية أو دلالة الحال على أنه أراد بها الطلاق ، فإن دل الحال على إرادة الطلاق كما إذا قال ذلك حالة الغضب أو بعد سؤال زوجته الطلاق وقع ، وإن لم يدل الحال رجوع إلى نية الزوج ، فإن نوى بها الطلاق وقع ، وإن لم ينو لا يقع بها شيء فملهب الحنفية . أن تلك الألفاظ لا يقع بها الطلاق ديانة إذا لم ينو بها الطلاق ، أما في القضاء فيحكم دلالة الحال . فإن دلت على إرادة الطلاق وقع ولا يصدق في دعواه أنه لم يرد بها الطلاق ، فإن لم تدل الحال على إرادة الطلاق اعتبرت النية ، فإن قال : نويت بها الطلاق وقع ، وإن ادعى أنه لم ينو بها الطلاق صدق في دعواه .

وقد كان هذا المذهب معمولاً به في مصر قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، ثم عدل عنه إلى مذهب المالكية والشافعية الذي يقضي بأن الكتايات لا يقع بها الطلاق إلا بالنية م، ونصها « كتايات الطلاق - وهي ما تحتل الطلاق وغيره - لا يقع بها الطلاق إلا بالنية » .

وبهذا ضاق وقوع الطلاق بالكتايات فالتفت اعتبار دلالة الحال .

وعلى هذا سار قانون حقوق العائلة في المادة - ١٠٩ وقد تقدم نصها .

فإذا وقع الاختلاف بين الطرفين في نسبة الزوج يكون القول قول الزوج مع اليمين .

## المبحث الثاني

### في من يقع منه الطلاق، ومن يقع عليها

من يقع منه الطلاق : الطلاق حق للزوج فهو الذي يملك إيقاعه ، لأن عقدة الزواج ملكه ولا يملكه غيره إلا بتفويض منه كرسوله أو وكيله أو المرأة التي فوض لها الطلاق أو بالنيابة عنه عند امتناعه كالقاضي ، فإن الأولين يطلقون باسم الزوج،والآخر يطلق عن الزوج دفعا لظلمه بامتناعه عن الطلاق.

ولما كان الطلاق خطيراً لا يملكه الزوج إلا إذا توفرت فيه الشروط الآتية :  
١ - أن يكون بالغاً . فلو كان صغيراً لا يقع طلاقه وإن كان مميزاً باتفاق الحنفية والمطرية ، لأن الطلاق من التصرفات التي يغلب عليها الضرر وهو لا يملك منها إلا ما كان نافعاً .

٢ - أن يكون عاقلًا فلا يقع طلاق المجنون وهو من ذهب عقله ، والمعتوه وهو ضعيف العقل الذي اختلط كلامه وفسد تدبيره ، ومن اختل عقله لكبر أو مرض أو مصيبة .

ويلحق بهم المدهوش وهو الذي اعترته حالة انفعال لا يدري فيها ما يقول ويفعل ، والغضبان الذي بلغ به الغضب درجة تحتل فيها أقواله وأفعاله وتضطرب<sup>(١)</sup> . أما إذا كان بحيث يدري ما يقول ويفعل فإن طلاقه يقع . كل ذلك لحديث رسول الله ﷺ الذي رواه مسلم : « لا طلاق في إغلاق ، والأغلاق هو أن يسد على الشخص باب الإدراك والقصد بحيث لا يدري ما يقول وما يفعل .

ومقتضى هذا لا يكون للسكران طلاق لأنه لا يعي ما يقول ، وإلى هذا ذهب جماعة من الفقهاء ومنهم الجطرية من غير تفرقة بين ما إذا كان سبب السكر مباحاً أو محرماً لمدم إدراكه .

وذهب آخرون إلى التفرقة بين ما كان سببه مباحاً فلا يقع وبين ما إذا كان محرماً فيقع طلاقه عقوبة له وزجر أعن تناول المحرم ، لكن العقوبة هنا غير مستساغة لأن الشارع قرره عقوبة أخرى ، على أنه إذا كان السكران يستحق العقوبة فما ذنب الزوجة وأولادها الذين يلحقهم ضرر الطلاق ؟ ، وعلى القول الأول يجري العمل في مصر ولبنان ، فالتقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في مادته الأولى يقول : « طلاق المكره والسكران لا يقع » دون تفرقة ، وكذلك قانون حقوق العائلة تنص المادة - ٢٠٤ - منه على أن : « طلاق السكران غير معتبر » .

---

(١) هكذا فرق الفقهاء بينها ومن تأمل التعريفين وجد أن الغضب حالة تساري الشخص فتختل أقواله وأفعاله وبهذا يدخل في المدهوش . ويمكن تعريفه بأنه الذي فقد تميزه من غضب وغيره فلا يدري ما يقول ويفعل .

٣ - ألا يكون مكرهاً عند جمهور الفقهاء « المالكية والشافعية والحنابلة والجمهرية » لحديث « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

ولأن المكره وإن تكلم باللفظ المفيد للطلاق إلا أنه لم يقصد الطلاق وإنما قصد دفع الأذى عن نفسه فيكون اختياره للطلاق فاسداً فلا يعتبر .

والحنفية لم يشترطوا عدم الإكراه ، لأن الإكراه عندهم يفسد الرضا دون الاختيار ، فالمكره حين تكلم بكلمة الطلاق كان له اختيار . فقد وازن بين الأمرين « التلطف بالطلاق ووقوع ما هدد به » فاختار أهونها ، فهو مختار في التكلم لكنه غير راض بالأمر الذي يترتب عليه فيقع طلاقه كالمأزول الذي قصد اللفظ ولم يقصد ترتب الأمر عليه ، وطلاق المأزول واقع بالحديث « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة » وفي رواية العتاق بدل الرجعة .

والعمل يجري في مصر ولبنان على رأي الجمهور وهو عدم وقوع طلاق المكره . فغالبون حقوق المائدة ينص في المادة - ١٠٥ - منه على أن « الطلاق الواقع بالإكراه غير واقع » ، ثم بعد ذلك لا يشترط في المطلق أن يكون رشيداً ، فالسفيه يقع طلاقه بالاتفاق بين أهل السنة والجمهورية ، لأنه يملك إنشاء الزواج فيملك إنهاءه ، لأنه حكم من أحكامه ، والحبر لا يكون إلا في التصرفات المالية .

كما لا يشترط أن يكون جاداً فيقع طلاق المأزول للحديث السابق .

وخالف الجمهور فقالت : إن طلاق المأزول لا يقع ، لأنهم شرطوا القصد ، والمأزول لم يقصد الطلاق بل قالوا : إنه لو وقع الطلاق وبعد النطق بالصيغة قال : لم أقصد الطلاق يقبل منه ذلك ما دامت المرأة في العدة ، لأنه إخبار عن نيته التي لا تعلم إلا من قلبه .

أما المختصني وهو الذي يريد أن ينطق بكلام غير الطلاق فيجري على لسانه

الطلاق بغير قصد كأن يقصد أن يقول لزوجته : أنت لطيفة أو مبهذبة فيجري على لسانه : أنت طالت . فالجهمية ينهجون إلى عدم وقوع طلاقاً مطلقاً .

أما الحنفية فيقولون : إنه لا يقع طلاقه ديانة أي بينه وبين الله فيجعل له البقاء مع زوجته ، ولكنه يقع قضاء بمعنى أنه لو اختلف الزوجان فقالت له : طلقت ، وقال لا لم أقصد طلاقاً . حكم القاضي بوقوع الطلاق لأنه يحكم بناء على الظاهر ، ولو قبل القاضي دعوى الخطأ لانفتح باب التحايل .

والفرق عندهم بين الخطيء والمأزول : أن المأزول قصد النطق بكلمة الطلاق ولكنه لم يقصد ترتيب الأثر عليها ، ومثل هذا يلمو في موضع الجحد فاستحق العقاب بالزومه أو ما قصد منه ، أما الخطيء فلم يقصد النطق بالكلمة أصلاً وبالتالي لم يقصد ترتيب أثرها عليها فلم يكن منه ما يستحق عليه العقاب فافترقا ، ومن هنا قالوا : إن من لقن كلمة الطلاق فنطق بها وهو لا يعرف معناها لا يقع طلاقه لأنه وإن قصد النطق بها إلا أنه لا يمي مدلولها ولا ما تستعمل فيه فكانت لفوا .

#### من يقع عليها الطلاق :

إذا كان الطلاق يرفع قيد النكاح ويحل رابطة الزوجية فلا بد أن تكون المرأة المطلقة في زوجية قائمة حقيقة أو حكماً ولو قبل الدخول ، فالمعقود عليها عقد أصحياً محل للطلاق قبل الدخول وبعده كذلك الممتدة من طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى ما دامت في العدة ، لأن الزواج باق حكماً أثناء العدة ، أما الرجعية فظاهر لأن ملك الاستمتاع قائم ، وأما البائنة فلأن بعض أحكام قائمة كوجوب النفقة وبقاءها في منزل الزوجية وعدم حل زواجها من آخر ، وكذلك الممتدة من كل فرقة اعتبرت طلاقاً ، أما الممتدة من طلاق بائن بينونة كبرى فليست محلاً للطلاق لانتهاء الملك والحل ، وكذلك المطلقة قبل الدخول لأنه لا عدة عليها ، والممتدة من فرقة اعتبرت فسخاً بحكم الشرع ، كالفرقة بخيار



البلوغ أو الأفاقة أو لعدم كفاءة الزوج أو نقصان المهر ، لأن الفسخ نقض للمعد ، وإذا انتقض العقد لم يكن له وجود حتى يلحقه طلاق .

ولا يستثنى من ذلك عند الحنفية إلا الممتدة من فسخ زواجها بسبب ردة أحد الزوجين أو إباء الزوجة المشركة عن الإسلام بعد إسلام زوجها ، فإنه يقع عليها الطلاق في المدة على ما هو الراجح من المذهب <sup>(١)</sup> وكذلك لا يقع الطلاق على الموقوف عليها فاسداً أو باطلاً ، هذا هو مذهب الحنفية ومن وافقهم . أما الجعفرية فيذهبون إلى أن التي يقع عليها الطلاق هي الزوجة في الزواج الدائم بشروط .

١ - أن تكون طاهرة من الحيض والنفس في المدخول بها غير الحامل الحاضر زوجها ، وكذلك الغائب الذي يعلم انتقالها من القرة الذي وطئها فيه إلى آخره ، أما إذا كان لا يعلم ذلك فعليه أن يتعزى فترة الانتقال ، فإن طلقها بعد التحري وقع الطلاق وإن صادف الحيض ، أما إذا لم يتحرر وطلقها وصادف الحيض فلا يقع .

٢ - أن يكون الطلاق في طهر لم يمسا فيه ، ويسقط هذا الشرط في الصغيرة والأيسة والحامل .

٣ - تعيين المطلقة بأن يقول : فلانة طالق ، أو يشير إليها بما يرفع الاحتمال <sup>(٢)</sup> .

وقانون حقوق العائلة ينص في المادة - ١٠٣ - منه على أن محل الطلاق

---

(١) وجه الاستثناء : أن الفرة فيها ليست بسبب نقض العقد من أصله . وإنما كلف لطرده حال تنافي بقاء العقد فأشبهت بذلك فرة الطلاق من ناحية أنها إتياناً لمعد صحيح قائم لم يرفع ابتداءه . وكانت الزوجة بسبب ذلك مرتبطة بزواجها ما دامت في المدة التي هي أثر من آثار ذلك التكاثف الصحيح . ومن هنا اعتبرت محلاً لطلاق شأنها في ذلك شأن الممتدة من طلاق .

(٢) شرائع الإسلام ج ٧ ص ٥٥٤ .

المرأة المنكوحه بالنكاح الصحيح أو المعتدة ، أما الزوجة المعتدة التي فسخ نكاحها فليست محلاً للطلاق .

فهو يتفق مع مذهب الحنفية إلا في صورتى الفسخ التي يقع الطلاق في حديثها إذا أخذنا المادة على ظاهرها وإطلاقها من أن المراد بالمعتدة الأولى المعتدة من طلاق فقط ، والمراد بالمعتدة الثانية من فسخ .

أما إذا لاحظنا أن صورتى الاستثناء ملاحظ فيها شبهها بالطلاق وقيدنا من فسخ نكاحها بمن نقض عقدها من أساسه يكون متفقاً مع المذهب الحنفى تماماً . لكن يظهر أن المشرع لم يرد ذلك فلا يحمل كلامه مالا يحتمله ونبقيه على ظاهره .

### المبحث الثالث

#### في الطلاق الذي يملكه الزوج

حدد الإسلام للطلاق عدداً ينتهي عنده ، وهو ثلاث تطليقات في قوله تعالى : « الطلاق مبرأناً فأمسك بمعروف أو تسريح بإحسان ... إلى أن قال : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » ، بعد أن كان في الجاهلية لا يقف عند حد ، وكان ظناً صارخاً للمرأة فسخها بهذا التجديد وجعله ثلاثاً للزوج أن يراجع زوجته في الأولين منها محافظة على رباط الزوجية من أن ينقطع مرة واحدة ، وفيما للخرج الذي قد يلحق بالأزواج الذين يتسرعون في إيقاع الطلاق ، ولو جعله مرة واحدة لوقع كثير من الأزواج في الحرج فيها إذا صدر الطلاق لأمر عارض ثم زال أو لنفرة طارئة ثم تبدلت الأحوال وزالت النفرة .

### الطريقة التي يوقع بها الطلاق

والشارع الذي ملك الرجل الطلاق وحدده بثلاث مرات لم يتركه ليوقعه كيف شاء ومتى شاء ، بل رسم له طريقة إيقاعه وأرشدته إلى اتباعها ونهاه عن مخالفتها .

ففي الآية السابقة بين له أول خطوة يخطوها في إيقاعه . وهي أن يكون مفرقاً « الطلاق مرتان » أي مرة بعد مرة .

يدل لذلك أنه لما طلق رجل امرأته ثلاثاً دفعة واحدة غضب رسول الله وخطب الناس فقال : « أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم » .

والخطوة الثانية جاءت في الحديث الذي رواه الجماعة إلا الترمذي أن عبداً لله بن عمر طلق امرأة له وهي حائض فذكر ذلك عمر للنبي ﷺ فتعظيظ رسول الله ثم قال : « ليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر فإن بدا له أن يطلقها قبل أن يمسا فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » (١) . فهذا الحديث يدل على أن الطلاق في الحيض غير مشروع لغضب رسول الله ، ويرشد إلى أن الطلاق المشروع هو ما يكون في طهر لم يمسا فيه .

والحكمة في أنه لا بد من مراعاة وقت الطلاق بالألا يكون في الحيض أو في الطهر الذي يمسا فيه أن حالة الحيض منفرة ، فالطلاق فيها لا يدل على وجود الحاجة الداعية إلى الطلاق فوق أن الطلاق في هذه الحالة يلحق الضرر بالمرأة حيث يطول عليها العدة ، لأن الحيضة التي وقع فيها الطلاق لا تعتسب منها وإن غالطت المرأة فتفر الرغبة فيها فطلاقها بعد ذلك لا يدل على تحقق الحاجة

---

(١) متنى الأخبار بشرح ليل الأوطار ج ٦ ص ١٨٨

إلى الطلاق مع أنه يوقع المرأة في الحيرة في أمر عدتها حيث لا تدري أحلت من تلك المواقفة فتتدب بوضع الحمل أم لم تحمل فتتدب بالأجراء، هذا مع ما يلحق الرجل من الندم إذا ما تبين له أن امرأته حامل، أما طلاقها في طهر لم يسهافه فيدل على وجود الحاجة إلى الطلاق حيث أقدم عليه في هذا الوقت الذي تنوى فيه نفس الرجل إلى المرأة.

وهذا إننا يكون في المرأة المدخول بها، أما غير المدخول بها فالرغبة فيها موجودة في أي وقت والحيض لا يقلل رغبته فيها حيث لم يلتق بها بمد.

ومن هنا قسم العلماء الطلاق إلى نوعين طلاق السنة وطلاق البعدة . وجعلوا طلاق السنة هو الذي يحرم على الطريقة التي رسمها الشارع ، وطلاق البعدة هو الطلاق الذي جاء على خلافها بأن يطلق أكثر من واحدة أو على دفعت في طهر واحد ، أو يطلقها في أثناء الحيض أو التنفاس أو في طهر واقعها فيه .

وهذا الطلاق المخالف للسنة حرام ، ومن يفعله يكون آثماً بلا خلاف في ذلك، ولكنهم اختلفوا في وقوعه فأصحاب المذاهب الأربعة يذهبون إلى وقوعه، لأن النهي عنه ليس لذاته ، وإنما لمعنى يصاحبه وهو تقويل المدة على المرأة ، أو ندم الرجل عليه ، أو كونه ليس لحاجة ، ومثل هذا لا يمنع من ترتب الأثر عليه ، كالبيع وقت النداء يوم الجمعة فإنه منهي عنه ومع ذلك لو تم البيع ترتب عليه أثره .

ولأن رسول الله أمر ابن عمر بمراجعة زوجته ، والرجعة لا تكون إلا بمد وتزوج الطلاق ، وقد جاء في بعض روايات هذا الحديث أن عبد الله قال : « فمضت على طلاقه » .

وفصب آخرون ومنهم الجعفرية إلى أنه لا يقع به الطلاق ، لأن النهي يدل

على الفساد فلا يترتب عليه أثر ، لأنه جاء في حديث ابن عمر أنه قال : « فردها على ولم يرها شيئاً » .

هذا حكم الطلاق في غير الطهر . أما الطلاق المتعدد دفعة واحدة فالحكم فيه على التفصيل الآتي :

## المبحث الرابع

### في الطلاق الثلاث بلفظ واحد

إذا كان الطلاق مشروعاً ثلاث مرات ، وأن السنة تقريرها فجميعها مرة واحدة سواء كان بلفظ واحد بأقترانه بعدد الثلاث ملفوظاً أو مدلولاً عليه بالإشارة أو بتكرار اللفظ ثلاث مرات يكون مخالفاً للسنة ، ولكن هل يقع بها الطلاق أولاً ، وإذا وقع هل يقع واحدة أو ثلاثاً ؟

في هذا الموضع اختلف الفقهاء . فذهب الجمهور من الصحابة والتابعين ومن جاء بعدهم ومنهم أصحاب المذاهب الأربعة إلى وقوعه ثلاثاً . سواء كانت المرأة مدخولاً بها أو لا إذا كان مقروناً بلفظ الثلاثة أو مدلولاً عليه بالإشارة . كانت طالق وأشار إليها بأصابع ثلاثة مرفوعة ، وكذلك إذا كرر اللفظ أنت طالق أنت طالق أنت طالق وكانت المرأة مدخولاً بها ، لأن الأولى وقعت عليها وهي زوجة ووقع الباقي عليها في عدتها .

وأما إذا كانت غير مدخول بها فيقع عليها واحدة فقط ، لأنها تبين منه بها لا إلى عدة فجاءت الثانية والثالثة والمرأة أجنبية فلا يقع بها شيء .

وذهب بعض الفقهاء إلى أنه يقع بها واحدة رجمية فقط في صورتين

« الجمع والتكرار » وهو مذهب الجعفرية <sup>(١)</sup> واختاره ابن تيمية وتقليده ابن القيم

ونقل عن بعض الجعفرية أنه لا يقع به شيء لأنه منهي عنه فيكون غير مشروع فإذا وقع يكون لغواً ، ولكل من تلك الآراء أدلة لنا في حاجة الآن إلى عرضها للمناقشة والموازنة وسنكتفي ببيان الممول به في مصر ولبنان .

ففي مصر يجري العمل على الرأي الثاني وهو أنه يقع واحدة وجمية كانت عليه المادة الثالثة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها : « الطلاق المختون بمدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا طلاقاً واحدة » بمد أن كان يقع ثلاثاً حسب المذهب الحنفي .

وقد علت المذكرة الأيضاحية هذا المدول بأنه التيسير على الناس الذين يندفعون إلى هذا النوع من الطلاق . وإيجاد مخلص لهم لا يضطرون معه إلى زواج التحليل أو التنازل فتوى بفساد العقد كما يرى بعض الفقهاء .

ثم إن المادة صريحة في أن الطلاق المختون بمدد الثلاث لفظاً أو إشارة يقع واحدة لكنها لم تعرض للطلاق الثلاث المكرر في مجلس واحد . فهل يكون الحكم فيه أنه لا يقع إلا واحدة أو يبقى العمل به على ما هو الراجح من مذهب الحنفية ، لا شك أن عبارة المادة لم تتناوله بلفظها ، وأنها جاءت على صورة الاستثناء من المذهب الممول به ، وهذا يقتضي الوقوف عند حرفية المادة لأن الاستثناء لا يتوسع فيه . لذا كان عمل المحاكم على وقوع الثلاث عند تكرار اللفظ ثلاثاً <sup>(٢)</sup> .

---

(١) يقول الشيخ جواد مغنية في كتابه الأحوال الشخصية ص ١٢٩ في سياق منع الأمانة في صيغة الطلاق : ولو قال : أنت طالق ثلاثاً ، أو أنت طالق أنت طالق أنت طالق تقع طلاقاً واحدة مع تحقق الشروط .

(٢) كما يقول الشيخ الحنيف في كتابه فرق الزواج ص ٩٦ .

ومن ناحية أخرى نجد أن الهدف الذي يرمي إليه المشرع هو التيسير على الناس بمنع وقوع الطلاق المجهوم ، وأن الطلاق المتكرر في مجلس واحد لا يخرج عن كونه طلاقاً متعدياً فهو في معنى الطلاق المتكرر بعدد ، وأن الحكم في الحاليتين واحد . فمن يقول بوقوع الثلاث بأحدهما يقول بوقوعه بالآخر ، ومن يقول بوقوع واحد يسوى بينها ، وهذا يقتضي تعميم الحكم للصورتين ، لأن الظاهر أن المشرع قصد المعدول عن مذهب إلى مذهب يخالف له لا المعدول بإحدى الصورتين فقط وبخاصة إذا لاحظنا أن المكرر قد يقصد به مجرد التأكيد لا التأسيس .

أما في لبنان ففي المعاكم الجعفرية يجري العمل بالمذهب الجعفري وهو يقع واحدة رجعية في الصورتين ، أما المعاكم السنية فلا يزال العمل بها يجري على الراجح من مذهب الحنفية حيث لم يصرح قانون حقوق العائلة بشيء في هذه المسألة غير ما جاء بالمادة - ١٠٨ - من أن « الزوج يملك تطليق زوجته ثلاث مرات » .





## الفصل الثالث

### في تقسيمات الطلاق

وليه مباحث

يتقسم الطلاق عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة ، وقد تقدم تقسيمه باعتبار لفظه إلى صريح وكتابة ، ولا يظهر لهذا التقسيم أثر إلا في كونه يحتاج في إيقاعه إلى النية أو لا .

وتقسيمه إلى سني وبدعي ، وليس لهذا التقسيم أثر عند الجمهور إلا في أن البدعي يأثم موقعه لأن كلا منهما يستتبع أثره من الوقوع ، وإنما يظهر له أثر عند من يمنع وقوع الطلاق بالبدعي من جهة الوقت أو يقول بوقوع واحدة في البدعي من حيث العدد .

بقيت تقسيمات أخرى نعرض لتفصيلها فيما يلي :

## المبحث الأول

### في تقسيمه إلى منجز ومعلق ومضاف

ينقسم الطلاق باعتبار تقييد الصيغة وإطلاقها إلى منجز ومضاف ومعلق .  
فالمنجز : هو الذي صدرت صيغته مطلقة غير معلقة على حصول أمر آخر ولا مضافة إلى زمن مستقبل مثل أن يقول لها : أنت طالق أو طلقتك .

وحكمه : وقوع الطلاق به بمجرد صدوره ، لأن الشارع وضعه ليفيد أثره عقب صدوره من هو أهل لإيقاع الطلاق على امرأة هي محل لوقوعه بأن تكون زوجة حقيقة أو حكماً .

والمضاف : هو الذي صدرت صيغته مقيدة بوقت مستقبل قصد المطلق وقوع الطلاق فيه . بأن ربط حصوله بذلك الزمن . بغير أداة من أدوات الشرط . كأن يقول الزوج لزوجته أنت طالق أول العام القادم أو أنت طالق غداً .

وحكمه : وقوع الطلاق به عند مجيء ذلك الوقت المضاف إليه لا قبله إذا كان الرجل أهلاً للطلاق عند صدور الصيغة منه ، والمرأة محلاً لوقوع الطلاق عليها عند حلول ذلك الوقت ، فلو قال : أنت طالق في أول العام القادم ثم طلقها منجزاً فإذا جاء الزمن المضاف إليه وهي في العدة وقع عليها الطلاق المضاف فإذا كانت عدتها قد انتهت لا يقع عليها شيء .

وكذلك إذا أضاف الطلاق وهو أهل للطلاق ثم جاء الوقت المضاف إليه وهو مجنون وقع الطلاق لأن العبارة بأهليته عند التلفظ بالطلاق .

**والمعلق :** هو ما ربط فيه حصول الطلاق بأمر سيحصل في المستقبل بآثرتب وقوعه على حصول ذلك الأمر بأداة من أدوات الشرط . أو ما في معناها . كان وإذا وكلما ومتى ونحوها . كأن يقول لامرأته : إن سافرت في هذا اليوم فأنت طالق ، أو متى حضر فلان لزيارتنا فأنت طالق ، وكلما خرجت بدون أدني فأنت طالق .

**والتعليق نوعان :** تعليق لفظاً ومعنى ، وتعليق معنى فقط .

**الاول :** وهو ما ربط فيه وقوع الطلاق بحصول أمر في المستقبل بأداة من أدوات الشرط سواء كان الأمر المعلق عليه اختيارياً يمكن فعله أو الامتناع عنه أو غير اختياري .

والاختياري قد يكون من أفعال الزوجة نحو : إن خرجت بدون أدني أو كلفت فلاناً فأنت طالق ، وقد يكون من أفعال الزوج نحو : إن لم أسافر اليوم فأنت طالق ، وقد يكون من فعل غيرهما . نحو إن لم يسافر أخوك اليوم فأنت طالق .

وغير الاختياري نحو : إن أمطرت السماء فأنت طالق ، أو إن ولدت أنثى فأنت طالق ، فإن كان المعلق عليه من فعل أحد الزوجين سمي تعليقاً ويسمى يميناً أيضاً لأنه يفيد ما يفيد اليمين من الحلف أو الامتناع عنه ، وإن كان المعلق عليه من فعل غيرهما أو كان أمراً غير اختياري فهو تعليق بالاتفاق ، ولكنهم اختلفوا في تسميته يميناً . فمن الفقهاء من يسميه يميناً لوجود الصورة وهي الشرط والجزاء ، ومنهم من لا يسميه يميناً لأنه لا يفيد ما يفيد اليمين وهو الأشبه بالفقه .

**والثاني :** وهو التعليق في المعنى فقط وهو ما يفهم منه التعليق بدون ذكر أداة من أدوات نحو قول الزوج : على الطلاق أو يلزمي الطلاق لا أفعل

كذا ، فإنه في معنى . إن فعلت كذا فزوجتي طالق ، وكفوله : علي الطلاق  
لأسافرن اليوم فإنه في معنى إن لم أسافر اليوم فامرأتي طالق ، فإذا لم يتحقق  
السفر في هذا اليوم وقع الطلاق ، وهذا الذي يسمى بالحلف بالطلاق أو اليمين  
بالطلاق .

حكمه : والتعليق بنوعيه يقع به الطلاق إن وقع المعلق عليه عند الحنفية  
بعد أن تتحقق شروط صحته بأن يكون المعلق عليه معد وما يمكن الحصول ،  
فإن كان معدوماً مستحيل الوجود كان لغواً . كما إذا قال لها : إن جاء أبوك يجر  
أكفانه فأنت طالق ، أو إن شربت ماء هذا البحر كله فأنت طالق .

وكذلك لو علقه على مشيئة الله تعالى . كأن يقول لها : أنت طالق إن شاء  
الله ، لأن المعلق عليه أمر لا طريق إلى التحقق من وجوده فكان لذلك كالتعليق  
على المستحيل .

وأن يحصل المعلق عليه والمرأة على الطلاق كأن تكون زوجة حقيقة أو حكماً .  
وقد وافق الحنفية في ذلك جمهور الفقهاء .

وذهب الجعفرية وبعض الفقهاء إلى عدم وقوع الطلاق المعلق بـ لا  
المضاف لأن الطلاق كالزواج وكما لا يصح الزواج المضاف أو الملقى فكذلك  
الطلاق ، ولاحتال أن يحیی ذلك الوقت وهي ليست بـ زوجة بموتها أو بطلاقها  
قبله فيكون لغواً .

وذهب ابن تيمية وابن القيم إلى أن اليمين بالطلاق وهو التعليق بالمنعوي  
لا يقع به طلاق ، بل إن وقع الحنث به وجب فيه كفارة اليمين ، والمعلق إن  
قصد به مجرد التهديد بالحمل على الفعل أو الامتناع عنه لا يكون طلاقاً ،  
وإن قصد به الطلاق وقع طلاقاً .

وهذا التفصيل طبعاً فيما إذا كان المقام يحتمل إرادة الطلاق أو التهديد ، فاما

إذا كان المقام لا يحتمل الأمرين . كما إذا سألت المرأة زوجها الطلاق فقال :  
إن أبرأتني من مؤخر الصداق والتفقة فأنت طالق فأبرأته . فإن هذا  
لا يحتمل شيئاً غير إرادة إيقاع الطلاق فيقع .

### المعمول به الآن

أما في لبنان فالمحاكم السنية على الأرجح من مذهب الحنفية ، لأن قانون  
حقوق العائلة ينص في المادة - ١٠٦ - على أن : « شرط تعليق الطلاق صحيح » ،  
كما تنص المادة - ١٠٧ - على أن : « إضافة الطلاق للزمان المستقبل صحيح » ،  
فقد قرر بهذا أصل المبدأ ، والتفصيل يرجع فيه إلى المذهب الحنفي لأنه  
كالكسوت عنه

وفي المحاكم الجعفرية يجري العمل على مقتضى مذهبهم الذي يمنع وقوع  
الطلاق الملحق بنوعية والمضاف ، أما في مصر فقد كان المعمول به قبل صدور القانون  
رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو الراجح من مذهب الحنفية ، وبعد صدور هذا القانون  
تغير الوضع حيث نصت المادة الثانية على أنه : « لا يقع الطلاق غير المنجز إذا  
قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير » ، وجاء بالمذكورة الأيضاحية شرطاً  
لهذه المادة ما يلي :

أن الطلاق ينقسم إلى منجز وهو ما قصد به إيقاع الطلاق فوراً ، وإلى  
مضاف كانت طالق غداً ، وإلى يمين نحو علي الطلاق لا أفعل كذا ، وإلى  
معلق كأن فعلت كذا فأنت طالق ، والمعلق إن كان غرض التكلم به  
التخويف أو الحمل على فعل شيء أو تركه وهو يكره حصول الطلاق ولا وطر  
له فيه كان في معنى اليمين بالطلاق ، وإن كان يقصد به حصول الطلاق عند  
حصول الشرط لأنه لا يريد المقام مع زوجته عند حصوله لم يكن في معنى  
اليمين ، واليمين في الطلاق وما في معناه لاغ ، أما باقي الأقسام فيقع  
بها الطلاق .

وهذا يكون وقوع الطلاق بالأشياء :

١ - التحجز . ٢ - المضاف إلى زمن مستقبل . ٣ - المعلق الذي لا يقصد به التخويف أو الحمل على فعل شيء أو تركه وإنما يقصد به وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه . كأن يعلق على فعل غير اختياري له أو لها . كأن يقول لها : إن ولدت أبني فأنت طالق ، فإن هذا واضح في أنه لا يقصد به التخويف أو الحمل على فعل شيء أو تركه ، أو يقول لها عند طلب الطلاق : إن أبرأتني من جميع الحقوق المالية فأنت طالق . وما شاكل ذلك .

ولا يقع بالحلف بالطلاق . كعليّ الطلاق لأفعلن كذا ، والتعليق الذي قصد به التخويف أو الحمل فقط . كأن خرجت أو سافرت أو كلمت فلانا فأنت طالق ، وإن كان يقصد به الأمرين التخويف أو الحمل ووقوع الطلاق وقع به لأنه لا يكون في معنى اليمين ، فالعبرة في عدم الوقوع قصد غير الطلاق ، فإن قصد الطلاق فقط أو قصد الأمرين معاً وقع به ، فإذا وجدت قرينة تدل على قصد الطلاق عمل بها ، وإن لم توجد كان المحول عليه قصده ، فإن اتفقا على شيء عمل به ، وإن اختلفا بأن ادعت الزوجة أنه قصد الطلاق وادعى الزوج أنه قصد الحمل أو التخويف كان القول قوله مع يمينه ، لأنه أدري بقصده فإن حلف لم يقع الطلاق ، وإن امتنع عن اليمين حكم بالطلاق لأن امتناعه إقرار بدعوى الزوجة

## المبحث الثاني

في تقسيمه إلى الرجعي والبائن

ينقسم الطلاق باعتبار إمكان الرجعة بعده من غير عقد جديد وعدم إمكانها

إلى رجعي وبائن ، فالرجعي هو الذي يملك الزوج بعد إيقاعه إعادة مطلقة في عدتها إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد جديد رضى بذلك الزوجة أولاً .

والبائن هو الذي لا يملك بعده الزوج إعادة الزوجة بالرجعة . وهو نوعان :

١ - بائن بينونة صغرى . وهو الذي يستطيع إعادة المطلقة بعده بمقد جديد سواء كان ذلك في العدة أو بعدها .

٢ - بائن بينونة كبرى . وهو الذي لا يستطيع إعادتها إلا بعد تزوجها بزواج آخر ويدخل بها وينتهي زواجه بطلاق أو موت .

### ما يقع به كل من الرجعي والبائن

مذهب الحنفية :

يقع الرجعي بكل لفظ صريح بعد الدخول الحقيقي إذا كان مجرداً عن وصفه بما يفيد البينونة كوصف الشدة أو القوة أو الطويلة أو البينونة أو غلظين بها نفسك ولم يكن على مال أو مكملًا للثلاث .

وكذلك كل لفظ من ألفاظ الكناية التي لا تفيد فصل الزوجية . كاعتدي واستبرئي رحك وأنت واحدة إذا نوى بها الطلاق .

ويقع البائن بما سوى ذلك في الحالات الآتية :

١ - إذا كان قبل الدخول بأي لفظ ولو بمنزلة الخاتمة الصحيحة . وإن وجبت عليها العدة لأنها وجبت للاحتياط للمراجعة .

٢ - إذا كان بلفظ صريح موصوف بما يفيد البينونة كأنك طالق طلقه قوية أو شديدة أو بائنة أو غلظين بها نفسك أو أشد الطلاق أو مثل الجبل .

٣ - إذا كان في مقابلة عوض من المرأة . لأنها لم تدفع العوض إلا لتخلص لها نفسها .

٤ - إذا كان مكملًا للثلاث سواء كان مفروقاً أو مجموعاً بتكراره في مجلس واحد أو مقترناً بالعدد لفظاً أو إشارة .

٥ - إذا كان بنقض من العاصد كناية لثني تفيد الشدة أو القوة . كانت بائن أو خلية أو برة أو بنة أو ألقي بأهلك إذا نوى بها الطلاق .

وبهذا لا يكون مناط الرجعية أو البينونة كون اللفظ صريحاً أو كناية . لأن من الصريح ما يكون رجعياً وما يكون بائناً . وكذلك الكناية .

مذهب الجعفرية يقسم طلاق السنة إلى ثلاثة أقسام :

١ - رجعي . وهو ما يصح معه الرجعة ولو لم يرجع .

٢ - وبائن وهو ما لا يصح معه الرجعة ويشمل : طلاق غير المدخول بها ، والطلاق الخلمي ، والآيسة حيث لا عدة عليها<sup>(١)</sup> . والمطلقة ثلاثاً بينها رجعتان ، والصغيرة التي لم تبلغ الحيض .

٣ - طلاق العدة وهو أن يطلقها تسع مرات على الطريقة التي شرحناها عند الكلام على المحرمات . فهذه تحرم عليه تحريماً مؤبداً . والمطلقة ثلاثاً تحرم عليه تحريماً مؤقتاً<sup>(٢)</sup> .

---

(١) وقالوا : إن آية «واللأني ينس من الحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر» مراد بها اللاتي ارتفع حيضهن ولا تدرون هل انقطع لمرض أو لكبر فهي خاصة بمن شك في بأسهن

(٢) المختصر النافع ص ٢٢٢ ، والأحوال الشخصية للشيخ مفنية ص ١٣٤ وما بعدها . وشرائع الإسلام ج ٢ ص ٥٧ .



وقانون حقوق المائه يجعل من الطلاق رجعيا وبائنا، ويربط الرجعية باللفظ الصريح ما لم يكن قبل الدخول أو على عوض أو مكملًا للثلاث، والبينونة بواحد من تلك الأنواع الثلاثة وبالألفاظ التي تقيد البينونة . كما جاء بالمادتين ١١١ ، ١١٦ . ونصها م ١١١ « إذا حلق زوجته باللفظ الصريح بعد مقاربتها يقع الطلاق رجعيا » م ١١٦ « إذا طلق رجل زوجته بنكاح صحيح قبل مقاربتها يقع الطلاق بائنا وكذا يقع بائنا بالألفاظ التي تقيد البينونة وإذا طلقها على عوض » .

وفي آخر المادة ١١٥ يقول « وتحصل البينونة القطعية بالطلاق الرجعي الثالث » فقد جعل الطلاق البائن في أربع حالات . قبل المخاربة، والمقابل بعوض ، والمكمل للثلاث ، والألفاظ التي تقيد البينونة ، فهو يتفق في جملة مع منسوب الحنفية وإن جاءت صياغته خالية من اللفظ لأن بعض الألفاظ غير الصريحة يقع بها طلاق رجعي كما قرره المذهب الحنفي ، ولأن الطلاق الثالث لا يوصف بالرجعية حتى ولو كان صريحا . ومن هذا يتبين ما عليه العمل بلبنان .

أما في مصر فقد كان العمل بمذهب أبي حنيفة إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فعدل عن مذهب الحنفية إلى ما نصت عليه المادة الخامسة منه وهو « كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائنا في هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ » .

والذي نص على كونه بائنا في هذا القانون هو التطليق بسبب الشقاق بين الزوجين ، والتطليق بسبب غيبة الزوج ، والتطليق بسبب حبس الزوج مدة طويلة .

والذي نص على كونه بائنا في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ هو التفريق بسبب عيوب الرجل كالجنون والجدام والبرص وغيرها من العيوب التي أضيفت

إلى ما كان يفرق بها من مذهب الحنفية وهي الجلب والحصاء والعنة ، وقد نصت مذكرته الأيضاحية على أن مصدر هذه المادة مذهب مالك والشافعي ، فهي تتفق معها في أنها ضيقت دائرة الطلاق البائن ، ولكنها خالفتها في الطلاق المقترون بعدد الثلاث حيث اتفقوا على وقوعه ثلاثاً ، وهو جعلها واحدة في المادة الثالثة .

ثم أشارت المذكورة بعد ذلك إلى أن التفريق بسبب اللعان أو العنة والجب والحصاء أو بسبب إزاء الزوج عن الدخول في الإسلام عند إسلام زوجته يبقى الحكم فيها على وفق مذهب الحنفية أن يكون طلاقاً بائناً ، ولكنها سككت عن الطلاق بسبب الأيلاء فهل يعتبر الطلاق الواقع به بائناً كما هو مذهب الحنفية أو يكون رجعياً كالمذهب مالك والشافعي ؟

هذه المسألة يتنازعها أمراء . أولها أن الأصل فيما سككت عنه القانون يرجع فيه إلى مذهب الحنفية وهذا يقتضي أن يكون الطلاق فيها بائناً .

وثانيها : أن القانون صرح بأن الأصل في الطلاق أن يكون رجعياً وكل طلاق يقع رجعياً إلا كذا وكذا ولم يعد هذا الطلاق من المستثنيات ، كما أن المذكرة الأيضاحية بينت الحالات التي يبقى فيها العمل بمذهب الحنفية ولم تذكره منها ، وهذا يقتضي أن يكون الطلاق فيها رجعياً .

فأصبحت بذلك مترددة بين الرجعية والبائنة فيبحث عن المرجح . ومن يدقق النظر يجد أن الأصل الثاني أقوى من الأصل الأول ، لأن الأول عام والثاني خاص بالموضوع وبخاصة إذا لاحظنا أن مسلك القانون بوجه عام يميل إلى التخفيف في أمور الطلاق ، ولا شك أن ذلك يرجع كونها رجعية ، ولأن أدلة المذهب الذي يحمل الأصل في الطلاق الرجعية أقوى من أدلة المذهب المقابل به كقوله تعالى « ويعزلتن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً » فيثبت ذلك الحق له فيها عدا ما استثناء الدليل .

## أحكام الطلاق الرجعي والبائن

إذا كان عقد الزواج يترتب عليه جمة من الآثار . منها ملك الزوج الاستمتاع بزوجه ، وثبوت التوارث بين الزوجين ، وأن الزوج يملك تطليق زوجته ثلاث تطليقات فتبقى الزوجة حلالا لزوجها ما لم يستنفذ الطلقات الثلاث يجوز له أن يعقد عليها بعد طلاقها الأول والثاني . فما أثر الطلاق في تلك الآثار ؟ لا شك أن تلك الآثار تتأثر بالطلاق غير أن الأثر يختلف باختلاف نوع الطلاق .

فالطلاق الرجعي لا يؤثر في الرابطة الزوجية ما دامت المدة موجودة . فملك الاستمتاع بالزوج فله معاشرتها معاشرة الأزواج ويكون ذلك رجعة له عند الحنفية ، وإذا مات أحدهما ورثه الآخر ولا يحل مؤخر الصداق ، لأن الزواج لم ينته بعد ، فإذا انتهت المدة انتهى ملك الاستمتاع وسل مؤخر الصداق وانتهى سبب التوارث ، لكن حل هذه المرأة باق يجوز لمطلقها أن يعقد عليها في أي وقت ما لم تزوج غيره . غير أن الرجل يصبح بعدها لا يملك تطليقها إلا مرتين فقط بعد أن كان يملك ثلاثا ، وعلى ذلك لا يكون للطلاق الرجعي أثر إلا نقصان عدد الطلقات التي يملكها الزوج ، وتحديد أمد الزوجية بمدة المدة بعد أن كانت دائمة غير محدودة ، فإذا ما انتهت المدة بانت منه المرأة وانتهى ملكه ولا يجوز له قرانها إلا بعد عقد جديد ، وهذا معنى قول الفقهاء : إن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحل ما دامت المدة قائمة وقد نص قانون حقوق الماثلة في المادة - ١١٢ - على أن : « الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية في الحال وللزوج حق إرجاع زوجته قولاً أو فعلاً ولا يقطع هذا الحق بالإسقاط » وفي المادة - ١١٥ - على أن : « الرجوع صحيح بعد الطلاق الأول الرجعي وكذا بعد الثاني » .

أما الطلاق البائن بينونة صغرى فيظهر أثره في الأمور الآتية :

١ - أنه يزِيل ملك الاستمتاع . فلا يحل له منها شيء إلا إذا أعادها بمقد جديد ، ومن هنا لا يزِيل حل المرأة حيث لم يوجد سبب يحرمها عليه ، فيجوز له المقد عليها في أي وقت في العدة أو بعدها ، وهذا معنى قول الفقهاء : إن الطلاق البائن بينونة صغرى يزِيل الملك لا الحل .

٢ - يحل به مؤخر الصداق المؤجل .

٣ - يمنع التوارث إذا مات أحدهما في أثناء العدة لانتهاء سبب الأثر وهو الزوجية إلا إذا كان الطلاق في مرض موت الزوج بقصد الفرار من ميراثها فإنها ترثه إذا مات قبل انقضاءها .

٤ - ينقص به عدد الطلقات .

وبهذا جاءت المادة - ١١٧ - من قانون الماثلة تقول : « الطلاق البائن يزِيل الزوجية في الحال ولا يمنع طلاق واحد بائن أو طلاقان من تجديد النكاح وتحصل البينة بعد الطلاق الثالث » .

أما البائن بينونة كبرى فإنه يقطع الزوجية ولا يبقى لها أثر بعده إلا العدة وأحكامها ، فيحل مؤخر الصداق وينع التوارث إلا إذا كان الطلاق بقصد الفرار من الميراث ، وتحرم على المطلق تحريماً مؤقتاً فلا يحل له أن يعقد عليها إلا بعد أن تزوج زوجاً آخر ويدخل بها ثم تنتهي هذه الزوجية بالموت أو الطلاق ، وهذا معنى قولهم : إن البائن بينونة كبرى يزِيل الأمرين الملك والحل معاً بمجرد وقوعه لكنه زوال مؤقت .

وبهذا صرحت المادة - ١١٨ - ونصها « تزول البينة القطعية إذا تزوجت الزوجة بعد انقضاء عدتها بأخر يكون قصد التحليل وقاومها الزوج الآخر ثم فارقتها وانقضت عدتها » .

وقد نبهنا من قبل إلى أن الجعفرية يوافقون جماهير فقهاء أهل السنة في أن

الطلاق الثالث يحرم الزوجة مؤقتاً حتى تتزوج زوجاً آخر لكنهم استثنوا صورة واحدة جعلوا التحريم فيها مؤبداً وهي ما إذا طلقها رجماً ثم راجعها في العدة وخالطها، ثم طلقها في طهر آخر غير الذي خالطها فيه ثم راجعها كذلك إلى أن يتم الثلاث وتتزوج آخر ويطلقها ويعقد عليها الأول ويطلقها ثلاثاً على الوجه السابق، ثم يعقد عليها بعد الزوج الثاني فيطلقها ثلاثاً وحينئذ يكون ما أوقعه عليها تسع تطليقات فتحرم عليه ويسمون هذا النوع من الطلاق طلاق العدة .

### المبحث الثالث

#### في الرجعة

قلنا إن الطلاق الرجعي : هو الذي يملك الزوج إرجاع زوجته بعده أثناء العدة بدون عقد جديد ، لأن الطلاق الرجعي لا يؤثر في الزواج ولا في أحكامه ، ونريد هنا أن نبين معنى الرجعة ، ومن له الحق فيها من الزوجين ، وما تحصل به الرجعة ، وشروطها والحكم في اختلاف الزوجين فيها فنقول :

الرجعة كما عرفها فقهاء الحنفية . هي استدامة الزوجية القائمة بالقول أو بالفعل أثناء العدة . وإنما كانت الرجعة استدامة للزوجية . لأن الطلاق الرجعي لا يؤثر في عقد الزواج إلا بتحديد مدة العدة ، فإذا راجع الزوج زوجته فقد ألقى عمل الطلاق في هذا التحديد واستدام الزواج بعد أن كان على وشك الانتهاء .

من له حق الرجعة من الزوجين :

الرجعة حق أثبتته الشارع للزوج وحده في فترة العدة إن شاء استعمل

رضيت الزوجة أو لم ترض وإن شاء تركه . لقوله تعالى « ويعملن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً » بعد أمر النساء بالترصص مدة العدة ، فقد جعل أزواج المطلقات أحق برجعتهن في مدة العدة إذا رآوا في الرجعة مصلحة ، فإذا لم يجد الزوج فيها مصلحة تركها بلا مراجعة حتى تكفي عدتها فتبين منه .

وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر في قصة طلاق ابنه عبد الله لزوجته وهي حائض : « مرة فليراجعها » ، وإذا ثبت هذا الحق للزوج لا يملك إسقاطه بالقول أو التنازل عنه . كأن يقول بعد طلاقها : أسقطت حقي في الرجعة أو لا رجعة لي عليك ، فإن فعل ذلك لا يسقط حقه وله مراجعتها بعد ذلك ، لأن الشارع جعل الرجعة حكماً من أحكام الطلاق الرجعي وأثره من آثاره بتوتيبها عليه في قوله تعالى « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » فلو أسقطه المطلق كان مقيراً بما شرعه الله ، ولا يملك أحد ذلك التغيير .

وقد صرح بهذا قانون حقوق العائلة في المادة ١١٢ - فقد جاء فيها « ولا يسقط هذا الحق بالإسقاط » .

#### ما تتحقق به الرجعة :

تتحقق الرجعة بأحد أمرين . بالقول وما يقوم مقامه من الكتابة أو الإشارة ، وبالفعل . أما الرجعة بالقول فتكون بالألفاظ الصريحة . وهي التي لا تختمل غير الرجعة . نحو راجعت زوجتي أو أمسكتها أو رددتها إلى عصمتي ، أو يقول مخاطباً لها راجعتك أو أمسكتك أو رددتك ...

وهذه الألفاظ لا تحتاج إلى النية لصراحتها ، وتتحقق الرجعة بهذه الألفاظ باتفاق الفقهاء ، وعليها اقتصر الجعفرية لأن الرجعة كالطلاق لا تكون إلا بالألفاظ الصريحة .

أما الحنفية فقد ذهبوا إلى أنها تكون بلفظ من ألفاظ الكتابة وهي التي تحمل الرجمة وغيرها . كقوله لها : أنت امرأتي ، أو أنت عندي كما كنت إذا نوى بها الرجمة أو دل الحال على إرادتها ، لأن اللفظ الأول يحتمل أنها بمنزلة امرأته في الأكرام والمعزة ، والثاني يحتمل الرجمة وأنها كما كانت قبل الطلاق في رعايته لها وعنايته بها .

ويقوم مقام اللفظ في تحقيق الرجمة الكتابية على الصورة التي بينها في الطلاق وكذلك الإشارة من العاجز عن النطق كالأخرس .

وأما الرجمة بالفعل فتكون بكل فعل يوجب حرمة المصاهرة من المخالطة الجنسية ومقدماتها من اللبس والتقبيل بشهوة عند الحنفية والجمعونية <sup>(١)</sup> لأن ذلك يدل على رغبته في بقاء الزوجية .

وزاد الحنفية الفعل من جانبها ، فقالوا : إذا قبلته أو لمسته بشهوة وهو يعلم ولم يمنعها كان ذلك رجمة من غير خلاف بين أئمة المذهب .

أما إذا فعلت ذلك بدون علمه كان فعلته وهو فائم أو خلعة فأبى حنيفة وعبد يعتبران ذلك رجمة ، لأن فعل ذلك يوجب حرمة المصاهرة لا فرق بين الرجل والمرأة فتكون رجمة حيث لا fark .

وأبو يوسف يرى أن لا تثبت به رجمة ، لأن الرجمة حق الزوج فقط ، ولو جعلنا فعلها هذا رجمة لشاركته هذا الحق ، أما ثبوت الرجمة بفعلها وهو يعلم ذلك فهو في الحقيقة راجع إلى فعله لأنه يتمكنه لها وأقراره لها على فعلها قد فعل ما يدل على رغبته في استدامة زواجها وإلا كان عاصيا .

---

(١) جاء في شرائع الإسلام ج ٢ ص ٦٠ « ولو قبل أو لامس بشهوة كان ذلك رجمة لأنه يتضمن التمسك بالزوجية »

## شروط صحة الرجعة .

لا تصح الرجعة إلا إذا توفّر فيها الشروط الآتية :

١ - أن تكون بعد طلاق رجعي في أثناء العدة . فإن كان الطلاق بائناً لاتصح ، لأن البائن يزيل الملك فتملك نفسها . فلا يملك المطلق إعادتها إلا بمقد رضائي منها ، وإن كان رجعياً وانتهت العدة فلا تصح أيضاً لأن العدة إذا انتهت زالت رجعية الطلاق وأصبح بائناً فيقبل باب الرجعة .

٢ - أن تكون الرجعة منجزة غير معلقة ولا مضافة إلى زمن مستقبل لأنها استدامة للنكاح فتكون شبيهة به ، وكما لا يصح التمايق والأضافة في إنشائه لا يصح في استدامته . فلو قال لها : إن لم أتزوج في هذا الشهر فقد راجعتك ، أو إن حضر أبوك فقد راجعتك لا تصح الرجعة ، وكذلك لو قال لها : راجعتك في أول الشهر القادم ، وعلى هذا سار قانون حقوق العائلة فالمادة - ١١٤ - منه تقول « الرجوع المعلق بالشروط والمضاف للزمن المستقبل ليس بصحيح » .

٣ - يشترط الحنفية في الرجعة بالقول أن يكون المراجع أهلاً لمباشرة عقد الزواج ، فلا تصح من المجنون أو النائم أو المغمى عليه ، وكذا السكران على التفصيل السابق ع ١٠١ هـ ، وقصص مع الأكره أو المهزل ، أما الرجعة بالفعل فلا يشترط فيها ذلك ، فلو طلقها ثم جن أو أصابه عته أو سكر ثم فعل بها فعلاً بوجوب حرمة المصاهرة كان ذلك رجعة .

ولا يشترط في صحة الرجعة الأشهاد عليها عند جمهور الفقهاء منهم الحنفية والجمهورية ، فتصح وإن لم يشهد عليها أحداً ، لكنه يستحب الأشهاد لثلاث تكون عرضة للأنكار من جانب الزوجة بعد انقضاء عدتها ولا يستطيع إثباتها ، ودفعاً للتهمة عنه فيما إذا علم الناس بطلاقها ثم راجعها بدون إشهاد فإنه يكون عرضة للاتهام بأنه يمارسها بغير زواج .



كما لا يشترط إعلام الزوجة بها وإن كان يندب إعلامها حتى لاتقع في محذور بأن تتزوج غيره بعد انتهاء عدتها أو يقع بينها النزاع فيها بعدها .

#### اختلاف الزوجين في الرجعة .

إذا كانت الرجعة تصح من الزوج بدون إشهاد ولا إعلام للزوجة بها فقد يحصل أن يطلق الزوج زوجته حلاقاً رجعيّاً ثم يدعي أنه راجع زوجته فإن وافقته على دعواه تمت الرجعة ، وإن خالفته فقد يكون الخلاف في وقوع الرجعة ، وقد يكون في صحتها بعد اتفاقها على وقوعها .

فإن كان الخلاف في وقوعها ، بأن يدعي الزوج حصولها وتنكر الزوجة ذلك . ينظر في وقت هذا النزاع ، فإن وقع قبل انقضاء المدة فالقول قول الزوج ولا يلتفت إلى إنكار الزوجة ، لأنه أخبر بشيء يمكنه إنشاؤه في الحال فيصدق في دعواه ، لأنه لا فائدة في تكذيبه حيث يستطيع حينئذ مراجعتها ما دامت المدة قائمة . بل إن ادعاء الرجعة يعتبر في الواقع رجعة لأنه يتضمن تمسكه بالزوجة .

وإن وقع النزاع بعد انقضاء المدة طوّل الزوج بالبينه فإن أقامها ثبتت الرجعة حتى ولو كانت تزوجت غيره بعد انتهاء المدة اعتقاداً بأنها لم يراجعها فإنه يفسخ ذلك المقد ولو بعد الدخول لأنه ثبت أنه عقد فاسد .

وإن عجز عن إقامة البينة فالقول قول الزوجة بلا يمين عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف وعمر القول قولها مع اليمين وهو الراجح المقتضى به ويجري عليه العمل . والجمهورية هنا يقولون : إن القول قولها مع اليمين كقول الصاحبين .

وإن كان الخلاف في صحة الرجعة . بأن راجع الزوج زوجته فقالت :

إنها غير صحيحة لأنها جاءت بعد انقضاء العدة ، وقال : إنها صحيحة لأن العدة لا تزال قائمة .

وفي هذا الخلاف إن كانت العدة بالحيض ينظر في المدة التي مضت بين الطلاق والوقت المدعي فيه الرجعة ، فإن كانت تسع ثلاث حيضات كان القول قولها مع اليمين . لأن انقضاء العدة بالحيض لا يعلم إلا من جهتها فإن حلفت أن عدتها انتهت قضى بدعواها ، وإن امتنعت عن اليمين حكم بدعوى الزوج وصحت الرجعة لظهور كذب دعواها .

وأقل مدة تنتهي فيها العدة بالقروء عند أبي حنيفة ستون يوماً ، لأنها مقدرة بثلاث حيضات يتخللها طهران ، وأكثر مدة الحيض عشرة أيام ، وأقل مدة الطهر الفاصل بين الحيضتين خمسة عشر يوماً وبمجموع ذلك ستون يوماً . وهذا الرأي هو الراجح في المذهب .

وعند الصاحبين أقل مدة تسعة وثلاثون يوماً باعتبار أن أقل مدة الحيضة ثلاثة أيام .

وأقل مدة تنتهي فيها العدة بالأقراء عند الجعفرية ستة وعشرين يوماً ولحفظاً ، لأن العدة عندهم بالأطهار فإذا طلقها في اللحظة الأخيرة من الطهر احتسب من العدة فإذا مضى بعد ذلك حيضتان وطهران انتهت العدة بمجرد رؤية الدم من الحيضة الثالثة بعد الفارقة ، هذا إذا كانت عادتها مستقرة بالزمان فإن اختلفت صبرت إلى انقضاء أقل الحيض أجزأ بالاحتياط<sup>(١)</sup> .

## المبحث الرابع

### في زواج التحليل

قدمنا أن الطلاق البائن بينونة كبرى تحرم به المرأة على مطلقها تحريماً مؤقتاً حتى تفتوح زوجاً آخر ويدخل بها دخولاً حقيقياً لأن القرآن جعل زواجهم بغيره غاية التحريم « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » وجاءت السنة وبيئت المراد من النكاح ، وهو أنه ليس بمجرد العقد ، بل العقد الذي يتبعه دخول حقيقي . فإرواه البخاري وغيره عن عائشة رضي الله عنها قالت : جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبي ﷺ فقالت : كنت عند رفاعة القرظي فأبى طلاقاً فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير وإنما معه مثل هدية الثوب ، فتبسم رسول الله وقال : أويدين أن ترجعي إلى رفاعة لا حتى تنوقي عسيلته ويدوق عسيلتك ، ولأن ربط حلها بزواجها غيره قصد به الزجر عن الطلاق والتأني فيه ، ولا يتحقق الزجر بمجرد العقد لأن النفس تقبله ولا تأنف منه ، فكان لا بد من الدخول الحقيقي .

هذا قدر متفق عليه بين الفقهاء لم يشذ عنه إلا ما روي عن سعيد بن المسيب إن مجرد العقد كاف في التحليل ، وقيل أنه روي عن سعيد بن جبير أيضاً ، وهذا قول غريب لم يرتضه أحد ولعل الحديث لم يصلها ، وإذا كان الشارع شرط في الحل النكاح فلا يكون إلا النكاح الصحيح ، فإذا كان العقد فاسداً لا تحل به ولو كان بعده دخول ، وكذلك إذا كان صحيحاً ولم يكن معه دخول حتى ولو كان معه خلوة صحيحة .

والأصل في الزواج الصحيح أن يكون قائماً على الرغبة من الجانبين الميثر الدائم وتكوين الأسرة فالوقيد يوقت معين كان فاسداً .

ولكن الناس فهموا هذا الأمر على غير حقيقته . فظنوا أن زواج الزوج الثاني ليس مقصوداً لذاته ، وإنما قصد به تحليل المرأة لزوجها الأول فكان ما يحدث كثيراً أن يقع هذا الزواج بقصد التحليل إما بمجرد النية والقصد عند العقد من غير أن يصدر منها كلام يدل على ذلك القصد ، وإما مع اشتراط أثناء العقد أو قبله . كأن يقول لها : تزوجتك على أن أحلك اطلقك مما جعل الفقهاء يبحثون في هذا العقد من جهة صحته وأنه يحقق التحليل أو لا . وإليك إجمال آراء الفقهاء فيه .

فالمالكية والحنابلة يذهبون إلى أن زواج التحليل فاسد لا فرق بين ما اشترط فيه التحليل في العقد أو قبله أو بعده وبين ما نوى فيه فقط بدون اشتراط . لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال : ألا أخبركم بالتيس المستمار ؟ قالوا بلى يا رسول الله ، قال : « هو الحلل لمن الله الحلل والحلل له » ، فهذا يدل على أن عقد التحليل غير صحيح على أي وجه وقع لعدم التفصيل .

وهذا ما فهمه أصحاب رسول الله . فقد روى عن عمر أنه كان يقول : « لا أوتي بمحلل ولا بمحللة إلا رجتها بالحجارة » والرجم بالحجارة لا يكون إلا على الزنا .

وروى نافع عن ابن عمر أن رجلاً قال له : امرأة تزوجتها أحلها لزوجها لم يأمرني ولم تعلم قال : إلا نكاح رغبة إن أعجبتك أمسكتها وإن كرهتها فارقتها كنا نعد هذا سفاحاً على عهد رسول الله ﷺ .

ولأن زواج التحليل زواج مؤقت . وهو غير صحيح لأنه لا يحقق الأغراض التي من أجلها شرع الزواج .

وأما الشافعية والحنفية والجعفرية فقد فصلوا في المسألة بين ما إذا كان التحليل مجرد نية لم يرجد ما يدل عليها أثناء العقد وبين ما إذا كان مشروطا فيه .  
فإن كان منوطاً فقط صح العقد وأفاد الحل إذا تم على الوجه المرسوم شرعا لعدم وجود ما يؤثر في العقد بالفساد .

أما إذا شرط فيه فالشافعية يذهبون إلى فساد العقد لوجود الشرط الفاسد الذي يقتضي فساد العقد ، وأبو يوسف من الحنفية يذهب إلى فساد ، لأنه اقترن بشرط فاسد ، بل لأن هذا العقد في معنى الزواج المؤقت ، والزواج يفسده التأقيت ، فلا تحل به المرأة لزواجها الأول ولو حصل فيه دخول حقيقي ، وذهب محمد بن الحسن إلى أن العقد صحيح لكنه لا يحل المرأة لزواجها معاملة لها بنقيض مقصودها حيث تمجلا أمراً آخره الشارع فاستعقا المقاب . كما إذا قتل الوارث مورثه .

وذهب أبو حنيفة والجعفرية إلى أن هذا الزواج صحيح ، لأن هذا شرط فاسد ، والزواج لا يفسد بالشروط الفاسدة ، قيلفو الشرط وحده ويبقى العقد صحيحاً ، ولكنه يكون مكروهاً لحديث « لمن الله المحلل والمحلل له » .

وإذا كان العقد صحيحاً فللزواج الثاني البقاء مع زوجته لا يستطيع أحد جبره على مفارقتها ، فإذا فارقها باختياره أو مات عنها وانتهت عدتها حلت للأول بهذا الزواج .

ومن يمين النظر في تلك الآراء يجد أرجحها القول بالفساد ، لأنه في معنى الزواج المؤقت وهو فاسد بالاتفاق ، وإنما كان في معنى المؤقت ، لأن معنى حلها للأول ألا يكون دائماً ، لأنها لا تحل للأول ما دامت زوجة للثاني ، بل بعد انتهاء تلك الزوجية ، ومن هنا يأتي التأقيت وإن لم يكن صريحاً ، والدةرة في العقود بالمعاني لا بمجرد الألفاظ ، والعمل يجوزي في مصر على قول أبي

### حقيقة لأنه الراجح في المذهب .

وأما قانون حقوق المائة فتتص المادة - ١١٨ منه على أن «البيونة الكبرى تزول بالزواج الثاني بدون قصد التحليل» .

### أثر الزواج الثاني في طلاق الزوج الأول .

عرفنا أن الزوج إذا طلق زوجته ثلاث تطليقات حرمت عليه ، فإذا تزوجت بغيره وطلقها أو مات عنها وانتهت عدتها حلت للزوج الأول ، فإذا تزوجها عادت إليه بحل جديد يملك فيه ثلاث تطليقات . وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء لثبوته بالنصوص الصريحة .

أما إذا طلقها أقل من ثلاث « واحدة أو اثنتين » ثم تزوجها قبل أن تنزوج بآخر فإنها تعود بما بقي له من الطلقات واحدة كانت أو أكثر بلا خلاف ، لأنها بطلاقها واحدة أو اثنتين لم تحرر عليه والزوج لا يملك على المرأة في الحل الواحد أكثر من ثلاث .

لكن الخلاف فيما إذا طلقها أقل من الثلاث ثم تزوجت بآخر ، فهل يهدم ذلك الزواج طلاق الزوج الأول بحيث لو تزوجها بعد ذلك تعود إليه بحل جديد يملك فيه ثلاث تطليقات أو لا يهدمها فتعود إليه بباقي تطليقات الزواج الأول ؟ هذه المسألة هي المعروفة عند الفقهاء بمسألة الهدم ، ولم يرد فيها نص ولكن نقل عن الصحابة رأيان أولهما : أنها تعود إليه بحل جديد ، وثانيها : إنها تعود بالباقي .

ومن هنا اختلف فقهاء المذهب الحنفي على رأيين :

فأبو حنيفة وأبو يوسف يذهبان إلى أن الزوج الثاني يهدم الأقل من الثلاث فتعود المرأة إلى زوجها الأول بثلاث تطليقات . وهو أشهر الرأيين عند الجمهور . لأن الزوج الثاني إذا هدم الثلاث بالاتفاق وأنشأ حلًا جديدًا فاولى أن

يهدم الأقل ويكمل الحل الناقص ، ولأنها لما تزوجت الثاني نحرمت على الأول ما دامت زوجة ، وإذا حرمت عليه زال حلها ، فإذا طلقها الثاني وانتهت عدتها زالت حرمتها وعادت إليه بحل جديد غير الأول الذي سقط بالزواج لأن الساقط لا يعود .

وذهب زفر ومحمد بن الحسن إلى أنه لا يهدم الأقل من الثلاث . فإذا عادت إليه عادت بالباقي واحدة أو اثنتين ، لأن الحل الأول لا يزول إلا بثلاث تطليقات ، فإذا طلقها أقل من ذلك لم تحرم عليه حيث يحل له العقد عليها ، فإذا تزوجت غيره وطلقها عادت إلى الأول بحلها السابق وهو ناقص . فملك عليها ما بقي له من تطليقات .

ومع وجاهة هذا الرأي وقوة دليله رجح الفقهاء القول الأول وجعلوا الفتوى به وعليه يجري العمل في مصر .

## المبحث الخامس

### في طلاق المريض مرض الموت

الطلاق حق للزوج يوقعه في أي وقت إذا وجد ما يقتضيه صحيحاً كان أو مريضاً ما دامت أهليته للتصرف موجودة ، فإنه لا حرج عليه في ذلك . هذا قدر متفق عليه بين جماهير الفقهاء في كل عصر .

فإذا طلقها طلاقاً رجعياً ومات وهي في العدة ورثته بلا خلاف لقيام الزوجية حكماً التي هي سبب للأرث يستوي في ذلك الطلاق في الصحة أو المرض .

وإذا طلقها طلاقاً بائناً بينونة صغرى أو كبرى انقطعت الزوجية فلا ميراث لها مات في العدة أو بعدها إذا كان الطلاق في حالة الصحة أو المرض العادي الذي لا يسلم إلى الموت .

أما إذا كان الطلاق في مرض الموت فأكثر الفقهاء على أنها ترثه لأنه يعتبر فأراً من ميراثها في هذه الحالة فيعامل بنقيض مقصوده ، وليس في ذلك كتاب ولا سنة ، وإنما كان من مواضع اجتنبات الصحابة رضوان الله عليهم .

فقد نقلت عنهم أقوال في ذلك كانت سبباً في اختلاف الفقهاء من بعدم منها توريث عثمان امرأة عبد الرحمن بن عوف التي طلقها في مرض موته طلاقاً مكملًا للثلاث .

ولسنا هنا بصدد تفصيل أقوال الفقهاء في ذلك ، فسكتني ببيان مذهبي الحنفية والجعفرية المعمول بها في مصر ولبنان ، وقبل ذلك نبين المراد بمرض الموت الذي كان مثار اختلاف الفقهاء فنقول :

أحسن ما قيل في تعريفه : إنه المرض الذي يفلب فيه الهلاك عادة ويتصل به الموت سواء أكان بسببه أم كان بسبب آخر .

واختلف الفقهاء في أماراته . فمن قائل : هو الذي يسمح صاحبه عن العمل ، ومن قائل : هو الذي يلزم صاحبه الفراش ، أو الذي لا يستطيع صاحبه المشي إلا بمعين إلى غير ذلك ، والمرجع في بيان ذلك الآن إلى رأي الأطباء بمد تقدم الطب ووضوح التمييز بين الأمراض وأما يقبل الشفاء وأما لا يقبلها .

وقد ألتقى فقهاء الحنفية بالمرضى مرض الموت في أحكامه كل من كان صحيحاً في حالة يفلب فيها الهلاك عادة كالمحكوم عليه بالأعدام ولا أمل في براءته وحجز لتنفيذ الحكم عليه إذا طلق زوجته بائناً وتوفي قبل تنفيذ الحكم عليه أو بعده قبل انتهاء عدة زوجته ، ومن كان في معركة حربية ووقف في الصف



الأول للقتال أو في موضع الخطر ، أو كان في سفينة اجتاحتها الأمواج من كل جانب ، أو كان في بلد عمه الوياء القتال إذا توفي في هذه الحالة .

يقول الحنفية : إن المريض مرض الموت ومن في حكمه إذا طلق زوجته طلاقاً بائناً ومات قبل أن تنتهي عدتها وورثته ، لأنه يعتبر فاراً من ميراثها فيعامل بنقيض مقصوده كالقاتل لمورثه الذي حرمه الشارع من ميراثه ، أما إذا توفيت هي في العدة فلا ميراث له منها لأنه فوت على نفسه الميراث بهذا الطلاق لكنهم اشترطوا لاعتباره فاراً فراراً موجباً للأثر شروطاً إذا تحققت ثبت لها الأثر ، وإذا تخلقت كلها أو بعضها لم يكن فاراً فلا ميراث لها .

١ - أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول ، فلو كان قبله فلا عدة عليها ، وكذلك إذا طلقها بعد الخاوة الصحيحة فإنه وإن وجبت به العدة لكن وجوبها للاحتياط محافظة على الأنساب ، والميراث حق مالي لا يثبت احتياطاً .

٢ - أن تكون الزوجة أهلاً للميراث من زوجها وقت طلاقها وتظل على ذلك إلى وفاته ، فلو لم تكن أهلاً للميراث وقت الطلاق . كأن كانت كتابية ثم أسلمت في عدتها قبل موته فلا يرث حيث لا فرار ، أو كانت أهلاً للميراث عند الطلاق ثم زالت تلك الأهلية . كأن كانت مسلمة عند الطلاق ثم ارتدت عن الإسلام فلا ميراث أيضاً وإن رجعت إليه قبل وفاته ، لأنها بردها أسقطت حقها في الميراث فلا يعود بأسلامها بعد ذلك ، لأن الساقط لا يعود .

٣ - ألا تكون الزوجة راضية بهذا الطلاق ، فلو تحقق رضاها بأن كانت هي التي سألته الطلاق أو اقتدت نفسها منه بالمال لا توت ، لأن رضاها بالفرقة ينفي مظنة فراره من ميراثها .

ولو أكرهت على طلب الطلاق فأبانتها أو طلبت منه طلاقاً رجعيًا فأبانتها

كان فاراً<sup>(١)</sup> ولها الميراث ومثل ذلك لو قالت له : طلقني فأبأنها لأنها طلبت مطلق الطلاق الذي ينصرف إلى الرجعي فهي لم ترض بالبانن .

٤ - ألا يكون الزوج مكرها على هذا الطلاق ، لأنه مع الإكراه لا يتحقق رضاه به فلا يكون فاراً .

٥ - أن يموت في مرضه الذي أوقع الطلاق فيه وهي في العدة ، فإذا انقضت عدتها قبل وفاته فلا ميراث لها لانعدام سببه ، وكما يتحقق الفرار من الميراث من الزوج يتحقق أيضاً من المواة . وسيند تعامل بنقيض مقصودهما ويرثها الزوج إذا ماتت قبل انتهاء عدتها ، كما إذا فسخ الزوج بسبب من جهتها وهي مريضة مرض الموت أو في حكم المريضة ، بأن فعلت مع أحد أصوله أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة أو كان الزوج فوض إليها الطلاق فأبانت نفسها في مرض موتها . لكنها لا ترثه إذا حلت في عدتها لأنها فوتت على نفسها حق الميراث بقطع وصلة النكاح .

والجعفرية يذهبون إلى أن زوجة الفار تترث منه إذا مات بعد الطلاق بمدة لا تزيد على سنة ما لم تتزوج غيره ولم يبرأ من مرضه الذي طلق فيه ، ولم يكن الطلاق بطلبها ، فلو برئ منه قبل مضي سنة من وقت الطلاق أو تزوجت غيره بعد انقضاء عدتها أو مات بعد مدة تزيد على سنة ولم يصاعده لا ترثه . فأرثها عندهم مشروط بشروط أربعة :

١ - أن يموت قبل مضي سنة كاملة على طلاقها .

٢ - أن لا تتزوج قبل موته .

٣ - أن لا يبرأ من المرض الذي طلقها فيه .

---

(١) الجعفرية قالوا : لو سأك طلاقاً رجعياً فأبأنها لا يكون فاراً فلانتره لأنها بطلبها الطلاق أسقطت حقها في الميراث ولا تضر مخالفة الزوج . الأحكام الجعفرية ص ٦٩ .

٤ - أن لا يكون الطلاق بطلب منها . ويعملون ذلك الحكم خاصة بالمرضى مرض الموت ، أما غيره من أخفه الحنفية به فيمطون طلاقه حكم طلاق الصحيح حيث لا يعتبرونه فارا .

ما يجري عليه العمل في هذه المسألة في مصر ولبنان :  
أما في مصر فالمعبر يجرى بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الذي يقضي بعدم وقوع طلاق المكره ، وأن كل طلاق يقع رجما إلا الطلاق قبل الدخول ، والمقابل بعوض ، والمكمل للثلاث ، وما نص في القانون على كونه بائنا .

وعلى هذا يشترط لتوفر الفرار أن يكون الطلاق بائنا في نظر القانون مستتبعا للعمدة بدون رضا الزوجة . كالطلاق المكمل للثلاث بدون طلبها ، والفسخ من قبله في مرض الموت ، فلا إرث في الطلاق قبل الدخول الحقيقي ولو كان ثلاثا لعدم العمدة ولو بعد الخلوة ، لأنه وإن وجبت فيه العمدة لكنها وجبت احتياطا لأجل المحافظة على النسب .

ولا أثر لطلاق المكره على الميراث من الجانبين لقيام الزوجية بعده حقيقة . وفي لبنان يجري العمل في المحاكم الجعفرية على منذهبهم السابق بيانه .

أما المحاكم السنية فإن قانون حقوق العائلة لم يمرض هذه المسألة فيكون المرجع فيها مذهب الحنفية غير أنه يلاحظ أن هذا القانون نص في المادة ١٠٥ - على أن « الطلاق الواقع بالأكره غير معتبر » . فيرتفع بذلك اشتراط ألا يكون مكرها . فإذا أكره المريض على الطلاق البائن ثم مات فإن الزوجين يتوارثان لقيام الزوجية بينهما لأنه لا اعتبار لهذا الطلاق بينا يمنع المذهب الحنفي التوارث من الجانبين بهذا الطلاق في العمدة وبعدمها لانتفاء سبب الإرث وعدم الفرار من الزوج .



## الفصل الرابع

### في الأمانة في الطلاق

قدمنا أن الطلاق حق أثبتته الشارع للزوج بما له من القوامة على الزوجة ، وكل حق ثبت لشخص له أن يتولاه بنفسه وأن ينسب عنه غيره إذا كان يقبل الأمانة ، والطلاق مما يقبل الأمانة فكما جاز له أن يرقمه جاز أن ينسب عنه غيره في إيقاعه سواء أكان ذلك الغير هو الزوجة أم شخصا آخر .

#### وهذه الأمانة نوعان :

توكيل : وهو أن يقوم الزوج غيره مقام نفسه في تطليق امرأته وهو لا يكون إلا لأجنبي سواء صدر بلفظ الوكالة أو غيرها كطلاق امرأتي ، لأن المرأة لا تكون وكيلة في تطليق نفسها حيث إن الوكيل يعمل للغير ، أما المرأة التي تطلق نفسها فهي عاملة لنفسها ، فتوكيلها يكون تفويضاً لها أي تليكها الطلاق .

وتفويض : وهو تليك الغير الطلاق ، وهو يكون للزوجة بأي لفظ يفيد ولو كان بلفظ الوكالة ، ويكون للأجنبي إذا علق إقامته على مشيئة ذلك الغير كقوله له : طلق امرأتي إن شئت .

ومن هنا عرف فقهاء الحنفية تفويض الطلاق : بأنه تمليك الزوج زوجته حق تطبيق نفسها أو تمليك غيرها هذا الحق بلفظ يفيد كإذ علقه على مشيئته والفرق بين التفويض والتوكيل يظهر في أمور :

١ - أن الزوج المفوض لا يملك الرجوع بعد التفويض ، لأن تفويض الطلاق في معنى إنشاء طلاق معلق على إرادة المفوض إليه واختياره ، والمعلق من الطلاق كالمعجز لا يجوز الرجوع عنه ، فلو قال الزوج بعد التفويض : قد رجعت أو عزلتك لا يكون مانعا للمفوض إليه من إيقاع الطلاق ، أما الموكل فيملك الرجوع وعزل الوكيل بالقول قبل أن يوقع الطلاق ، وكذلك بالفعل بأن يخالط امرأته مخالطة جنسية ، فإذا قال أو فعل ذلك بطل التوكيل .

٢ - أن التفويض لا يبطل يحنون الزوج بخلاف التوكيل فإنه يبطل به حيث أن الوكيل يعمل لموكله ويتصرف فيما يملكه ، فإذا بطلت أهلية الموكل بطلت تصرفاته ، فلم يبق للوكيل سلطان يتصرف به .

٣ - أن التفويض ينتقيد بالمجلس إذا كان مطلقا عن التقيد بوقت معين أو بموعد في جميع الأوقات فإذا انتهى المجلس دون إيقاع الطلاق من المفوض إليه بطل التفويض . بخلاف التوكيل فإنه لا ينتقيد بالمجلس ، فله أن يطلق في المجلس ويعدله إلى أن يعزله الموكل إلا إذا قيده به .

٤ - إن التفويض يتم بعبارة المفوض ولا يحتاج إلى قبول من المفوض إليه ، أما التوكيل فلا بد لتأامه من القبول من الوكيل .

ومن هنا قالوا : إن المفوض يعمل بمشيئة نفسه وعلى حسب اختياره لأنه يملك ما فوض فيه وله الخيار في الفعل وعدمه ، والوكيل يعمل بمشيئة الموكل وعلى حسب ما يراه موكله فهو مكلف أن يفعل ما وكل به وليس له

اختيار أن يفعل وأن لا يفعل بعد قبوله الوكالة ، وهو لا يكون ممثلاً إلا إذا فعل ما وكل به .

والملكية التي يفيدها التفويض ليست ملكية خالصة تنقل الحق من مالك إلى آخر ، لأنها لا تسلب الزوج حقه في التطليق ، بل لا تزال ملكيته قائمة بعد التفويض لأن ملك الطلاق حكم من أحكام الزواج وهو قائم فيبقى حقه في الطلاق قائماً ، فله بعد أن يفوض الطلاق إلى غيره أن يطلق زوجته فهو ليس غليظاً محضاً كسائر التملكيات الأخرى بل لا يزال فيه شبه بالتوكيل ، ولو قلنا إنه وسط بين التملك والتوكيل أو أنه خليط منها لما بعننا عن الحقيقة .

هذا هو مذهب الحنفية في التفويض ، أما الجعفرية فالمشهور عندهم أن تفويض الطلاق للمرأة يكون توكيلاً يجوز له الرجوع عنه ولا ينقيد بالجلس ، فلمفوض إليه أن يطلق في مجلس التفويض وبعده في أي وقت ما دامت الزوجية قائمة ما لم ينقيد بوقت معين كعدة شهر أو سنة فإنه يبطل بمضي ذلك الوقت المحدد .

### صفة التفويض :

أكثر ما يكون التفويض للمرأة ، وهو غليظ لما عواء كان بلفظ الوكالة أو بغيره كما قلنا .

وصيغة التفويض إما أن تصدر مطلقة عن التقييد أو مقيدة بوقت معين . كطلقي نفسك في مدة شهر من الآن ، أو مقترنة بما يفيد التعميم . كطلقي نفسك متى شئت ، فإن كان مقيداً بوقت تقيده به ، فإذا مضى الوقت بطل التفويض فلا تملك تطليق نفسها بعد ذلك الوقت حتى ولو فوض إليها وكانت غائبة ولم تلم بالتفويض إلا بعد انتهاء مدته ، وإن كان مقيداً بما يفيد الدوام ثبت على الدوام . فلها أن تطلق نفسها في أي وقت ما دامت الزوجية قائمة

مالم يترده ، وإن كان مطلقا عن التقييد بشيء منها تنقيد حقها بالمجلس إذا كانت حاضرة ، ويجلس عليها به إذا كانت غائبة ، فإذا انتهى المجلس انتهت معه ملكية الفوض إليه حق الطلاق ، وكذلك بردها إياه وإعراضها عنه ، لأن التفويض تملك ، والتمليك يقتضي جوابا في المجلس كما في عقد الزواج ، ولأن المأثور عن الصحابة أنهم جعلوا الخيار للمخيرة مدة مجلسها ينتهي بانتهائه .

### وقت التفويض

التفويض قد يكون بعد تمام عقد الزواج . وهذا صحيح إذا وقع ترقبت عليه آثاره بلا خلاف ، وقد يكون قبل العقد أو مقارنا له .

فإذا كان قبل العقد . كأن يقول الرجل للمرأة : إن تزوجتك فأمرك بيديك تطلقين نفسك متى شئت ثم تزوجها ، كان لها حق تطلق نفسها متى شئت عند الحنفية ، لأنهم يجوزون تعليق الطلاق على الزواج ، وهذا التفويض تعليق للطلاق على الزواج ومشيتها الطلاق حيث لا فرق بين قول الرجل إن تزوجتك فأنت طالق وقوله : إن تزوجتك فأنت طالق إن شئت ، والجعفرية لم يصحوا هذا التفويض لأنهم لا يجوزون تعليق الطلاق .

وإذا كان مقارنا للعقد صح إذا صدر إيجاب عقد الزواج من المرأة مشروطا بتفويض الطلاق إليها وقبل الزوج ذلك . كأن تقول المرأة للرجل : تزوجتك على أن أطلق نفسي متى شئت فيجيبها بقوله قبلت ، فيصبح العقد ويكون لها حق تطلق نفسها متى شئت ، أما إذا بدأ الرجل بالإيجاب مشروطا بتفويض الطلاق إلى المرأة . كأن يقول لها : تزوجتك على أن تطلقني نفسك متى شئت ، وتقول له قبلت . فإنه يصح العقد ويبطل التفويض ، لأنه فوض إليها الطلاق قبل أن يتم العقد فيكون قد ملكها طلاقا لم يملكه بعد . بخلاف الصورة الأولى فإن قبول الرجل كان للزواج أولا ثم للشرط المتضمن للتفويض نائبا . فكان



التفويض واقعا بمد تمام المقد وبتهام المقد يملك الطلاق فيقع تملكه لها صحيحا .

والجهمية لا يصححون هذا التفويض المقارن للمقد . بل قالوا إن اشتراطه في المقد مفسد له باتفاق علماءهم <sup>(١)</sup> .

### ألفاظ التفويض :

عد الحنفية للتفويض إذا كان للزوجة ألفاظا ثلاثة : طلقي نفسك وأمرك بيدك واختاري ، وهذه الألفاظ منها الصريح وهو اللفظ الأول ، والكتاية وهي الثاني والثالث . والصريح لا يحتاج إلى نية لا من الزوج ولا من الزوجة عند إيقاعها الطلاق ، وأما الكتاية فلا يثبت بها التفويض إلا مع النية أو ما يقوم مقامها من القرائن أو دلالة الحال ، وكذلك لا يقع بها الطلاق من المفوض إليه إلا بالنية أو ما يقوم مقامها ، لأن الطلاق الذي يصدر من الزوجة بمقتضى التفويض يقع به ما يرقعه الزوج ، لأنه ملكها ما يملكه باللفظ الذي أصدرته لها .

ولهذا قرروا أنه يقع بالصريح طلقة واحدة رجعية إلا إذا كان قبل الدخول وكان التفويض في مقابلة مال فإنه يقع بائنا وإن كان مكتملا للثلاث وقعت به بيبونة كبرى .

ويقع بالكتاية طلاقا بائنا لأنه لا يتم لها اختيارها لنفسها أو يكون أمرها بيدها إلا بالبينونة ، وإذا نوى به الثلاث وقع إذا كان بلفظ أمرك بيدك ، أما في اختاري فلا تصح نية الثلاث غير أنه يشترط في إيقاع الطلاق بلفظ اختاري أن يذكر الزوج أو المرأة أحد لفظين إما النفس أو الاختيارية بأن يقول لها

---

(١) جوامع الكلام شرح شرائع الإسلام ج ٥ ص ٣٢٨ .

الزوج : اختاري نفسك أو يقول لها : اختاري فتقول : اخترت اختيارة ، لأن ذكر اختيارة يقوم مقام ذكر النفس ، وكذلك لو قالت اخترت أبي أو أمي أو أهلي فإنه يقوم مقام النفس فيقع به البائن ، أما إذا قال لها اختاري فقالت اخترت لا يقع به شيء .

ما يملكه المفوض إليه بالتفويض :

وليس لها أن تطلق نفسها بالتفويض إلا مرة واحدة إلا إذا صدر التفويض بصيغة تدل على التكرار . كأن يقول لها : طلقي نفسك كلما شئت ، أو قال لآخر طلقي زوجتي كلما شئت <sup>(١)</sup> .

والجفرية يذهبون إلى أنه لا يقع بالتفويض طلاق إلا إذا أوقعته الزوجة بلفظ أنا طالتي ، بأي لفظ كان التفويض ، لأن الزوج عندهم لا يملك إيقاع الطلاق إلا بهذه الصيغة كما سبق ويقع به طلاق رجعية واحدة إلا إذا كانت الزوجة غير مدخول بها أو كان التفويض في مقابلة مال أو كانت الزوجة صغيرة لم تبلغ أو كانت يائسة من الحيض فإن الطلاق يكون بائنا ، وإذا كان مكملًا للثلاث يقع به بينونة كبرى .

(١) فإذا طلقت نفسها ثلاث تطليقات بناء على الصيغة المفيدة لتكرار ثم زوجت بزوج آخر وعادت إلى الزوج الأول فلا تملك تطليق نفسها لأنها تعود إليه بملك جديد وحل جديد ولا يبقى معه أثر للتفويض الذي كان في الملك الأول ، أما إذا طلقت واحيدة أو التنتين فترجع بزوج آخر ثم عادت إلى الأول فالحلاف في مسألة المدام يجري هنا . فالشيخان « أبو حنيفة وأبو يوسف » يذهبان إلى أنها تلك ثلاثا لأن الزوج يملك عليها فيه ثلاثا لما عدم الزوج الثاني ما سبق ، ويذهب محمد بن الحسن إلى أنها لا تملك إلا بقية الثلاث ، لأن الزوج لا يملك عليها إلا ما بقي حيث إن الزوج الثاني لا يعدم الأقل من الثلاث .

ويذهب الشيخين هنا غير واضح لأن التفويض كان في الملك الأول وما دامت قد عادت إليه بملك جديد فلا أثر للتفويض فيه .

### ما عليه العمل في مصر ولبنان :

أما في مصر فالعمل يسير على مقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وهو ينص في مادته الخامسة على أن كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال وما نص على كونه بائنا في هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .

ويعتضى هذه المادة يكون ما يملكه الزوج هو الطلاق الرجعي فيما عدا الصور المستثناة . فبتفويضه يملك الزوجة طلاقا رجعيا كذلك . فيقع بالتفويض بأي لفظ صريحا كان أو كناية طلاق واحدة رجعية نوى الزوج واحدة أو أكثر إلا إذا كان قبل الدخول أو في نظير عوض أو كان مكملًا لثلاث . كما أنه لا يقع بالكناية طلاق إلا مع النية ولا تكفي القرينة أو دلالة الحال .

وأما في لبنان فالمحاكم الجعفرية تسير على مقتضى مذهبهم هو المعاكم السنية تسير على مذهب الحنفية ، لأن قانون حقوق العائلة لم يمرض لهذه المسألة وكل ما سكنت عنه القانون يرجع فيه إلى مذهب الحنفية وقد عرفته .



## الفصل الخامس

في الطلاق بموضع « الخلع »

وفيها مباحث

تمهيد : عرفنا أن الطلاق حق للزوج يوقعه في أي وقت عند ما يوجد ما يقتضيه ، وأن الزوجة لا تملكه إلا بتمليك الزوج بالتفويض لها ، فلها حينئذ أن توقعه على ما يقتضيه التفويض ، وأن هذا التفويض يعطيها ذلك الحق مع بقاء حق الزوج في إيقاعه .

كما عرفنا السر في جعل الطلاق بيد الزوج دون الزوجة ابتداء . وهو أن الزوج هو الملتزم بالأعباء المالية كلها حتى بعد الطلاق مع ما يمتاز به من قوة التحمل والأداة في أخوره ، وبناء على ذلك يستطيع الزوج التخلص من زوجته إذا ما ساءت العشرة وأصبحت الحياة الزوجية جحيمًا لا يطاق .

ولكن الشارع الحكيم لم يجعل جانب المرأة بل شرع لها طريقًا للخلاص من حياة زوجية لا تجد فيها راحتها واستقرارها ، فجعل لها أن تقتدي نفسها بمال تدفعه لزوجها تمويضاً له عما دفعه إليها حتى لا يضار هو الآخر ، وهذا الاقتداء هو المسمى بالخلع عند جمهور الفقهاء .

وكان ذلك من رحمة الله بها ، لأن الزوجة قد تبغض زوجها ولا تجسد في المقام معه ما كانت تنشده ، وتشتد كراهتها له بحيث تخشى ألا توقيه حقه أو تخرج عن الطريق المستقيم في معاملته وهي لا غللك الطلاق فأخرجها الشارع من هذا الحرج ، وشرع لها الاقتداء للتخلص من رابطة الزوجية على وجه لا رجعة فيه للزوج إلا برضاها <sup>(١)</sup> .

والقرآن الذي منع الأزواج من أن يأخذوا بما آتوا زوجاتهم شيئا عند الطلاق أباح الأخذ في هذه الحالة . جاء ذلك صريحا في قوله تعالى : « الطلاق مرتان فإمساك بعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لکم أن تأخذوا مما آتيتوهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به ، تلك حدود الله فلا تعتدوها ، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون » البقرة / ٢٢٩

فهذه الآية منعت الزوج أن يأخذ شيئا مما أعطاه للزوجة نظير طلاقها إلا في حالة خوف الزوجين ألا يقيما حدود الله حيث رفع الجناح عنها فيما تدفعه الزوجة لزوجها من مال نظير طلاقها فلا إثم عليها فيما أعطت ولا إثم عليه فيما أخذ .

ثم جاء في السنة تطبيقا لذلك فيما رواه البخاري والنسائي عن ابن عباس : « أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله : إني لا أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام ، فقال رسول الله : « أتردين عليه حديثه ؟ قالت : نعم ، قال رسول الله : « أقبل الحديقة وطلقها »

(١) وفي هذا يقول ابن رشد المالكي في بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٦

ولفقه أن القداء إذا جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق فإنه لا جعل للطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل . فرك المرأة أي كرمها .

تطبيقه <sup>(١)</sup> قال العلماء : إن هذا أول خلع حدث في الإسلام ، وقد اتفق العلماء على شرعيته ولم يخالف في ذلك إلا بكر بن عبد الله المزني الشافعي ، وليس له سند صحيح إلا ما ظنه أن آية النساء وهي قوله تعالى : « فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا » ناسخة لآية البقرة ، ولعل أحداث الخلع لم تبلفه ، فيكون الخلع مشروعاً بالقرآن والسنة والأجماع .

لكن ينبغي ألا يكون الخلع إلا عند سبب يقتضيه لما رواه أصحاب السنن عن ثوبان قال قال رسول الله ﷺ : أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة <sup>(٢)</sup> .

وكما حذر المرأة من الاقتداء من غير حاجة ، بنقض الطلاق إلى الرجل بقوله : « أبفض الحلال إلى الله الطلاق » ، وفوق ذلك يرشد القرآن الأزواج إلى مواضع جهلهم بالعاقبة في قوله سبحانه : « وعاشروهم بالمعروف فإن كرهتموهن فمضى أن تكرهن شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا » النساء - ١٩ .

## المبحث الأول

### في التعريف بالخلع وتكليفه الفقهي

الخلع بفتح الحاء مصدر قياسي خلع يستعمل في الأمور الحسية كخلع ثوبه

(١) قيل الأوطار ج ٦ ص ٢٠٩ . واسم هذه المرأة مختلف فيه فقل اسمها جمية ، وقيل زينب بنت عبد الله بن أبي بن سؤل : وفريد بقرعها : إني لا أحب عليه في خلق ولا دين أنها لا تريد مفارقتة لسوء خلقه ولا تفصان في دينه يدلي ما جاء في إحدى الروايات : « لا أطيقه بفضا . ولكني أكره الكفر في الإسلام » أي كقران العشير والتقصير في حقه بسبب شدة البغض .

(٢) قيل الأوطار ج ٦ ص ١٨٢ .

خلما أزاله عن بدنه ، وفي الأمور المعنوية كخلع الرجل امرأته خلما إذا أزال زوجيتها، وخلعت المرأة زوجها خالمة إذا اقتدت منه .

والخلع بالضم مصدر سماعي <sup>(١)</sup> يستعمل في الأمرين أيضاً لكن الخلاف في أنه حقيقة في إزالة الزوجية أو مجاز باعتبار أن المرأة لباس للرجل وبالعكس « هن لباس لكم وأنتم لباس لمن » ، هذا وقد قال الفقهاء : إن العرف خص استعمال الخلع بالفتح في إزالة غير الزوجية ، والخلع بالضم في إزالة الزوجية ، وعرفه فقهاء الحنفية بأنه : إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع أو ما في معناه نظير عوض تلزم به الزوجة .

وهذا التعريف يفيد أن الخلع عندهم لا يتحقق إلا إذا توفرت فيه الأمور الآتية :

١ - أن يكون ملك التمة قائماً حتى يمكن إزالته . بقيام الزوجية حقيقة أو حكماً ، فإذا لم تكن قائمة لا يتحقق كما لا يكون في النكاح الفاسد خلع لأنه لا يفيد ملك التمة .

٢ - أن يكون بلفظ الخلع أو ما في معناه كالإبراء والافتداء . كأن يقول لها : خالعتك على كذا أو بارتك على كذا أي فارقتك على كذا ، أو اقتدي نفسك بكذا ، وتقول المرأة : قبلت ، ولو قال لها : طلقتك على مائة مثلاً لم يكن خلماً بل طلاقاً على مال <sup>(٢)</sup> ، والخلع والطلاق على مال يختلفان في بعض

---

(١) وقيل أنه اسم مصدر لكن ينبغي أن يكون اسم مصدر الخلع المشتق من خالع لا من خلع لأن اسم المصدر ما نقصت حروفه عن حروف فاعله ولا يتحقق ذلك إلا في مصدر خالع .

(٢) يقول الكيال بن المصم في فتح القدير ج ٣ ص ٢٢٢ ، لفظ الخلع المقرون بالمال يكون خلماً ، وإن لم يقترن بالمال ، فإن نوى به الخلع انصرف السدل إلى اللبر وكان خلماً ، وإن نوى به الطلاق كان طلاقاً باتناً ولا يترقب على قبول المرأة لأنه خال من المعارضة ، وإن لم ينسب به الطلاق لا يقع به شيء .



الأحكام فكان لا بد من التمييز بينها في الصيغة التي يقع بها كل منها<sup>(١١)</sup>.

٣ - أن يكون في نظير عوض من جهة الزوجة سواء كان مالا أو غير مال كما سيأتي تفصيله فإن ذكر العوض فالأمر ظاهر ، وإن لم يذكر بأن قال لها : خالعتك أو باراتك فقط يرجع إلى نيته فإن نوى به الخلع وقع وانصرف البذل إلى مهرها وتوقف على قبولها ، وإن نوى به الطلاق كان طلعا بائنا بدون توقف على قبول الزوجة ، وإن لم ينو به شيئا ولم توجد قرينة تدل على إرادة أحدهما لا يقع به شيء<sup>(١٢)</sup>.

٤ - رضا الزوجة به إذا صدر من الزوج ، ورضا الزوج إذا صدر من الزوجة ، لأنه ليس إسقاطا محضا كما في الطلاق المجرد بل فيه معنى المعارضة وبخاصة من جهة المرأة ، فلو صدر من الزوج ولم تقبل الزوجة لا يقع به شيء ، وكذلك لو قالت المرأة خالعتي على مائة مثلا ولم يقبل الزوج .

#### حقيقة الخلع أو تكليفه القلبي :

وأيت أن الخلع في حقيقته عقد بين الزوجين على خلاص المرأة من زوجيتها نظير بدل فهو طلاق يشترك فيه الزوجان ولا يتم من جانب واحد كالطلاق المجرد الذي يوقعه الزوج أو يوقعه الزوجة بتفويض من الزوج لها :

---

(١) خالف الشافعية في التفرقة بينهما فلم يروا إلى أن الفقرة في نظير العوض تكون خلعا بأي لفظ كانت فالمدار عندهم في تحقق الخلع على وجود العوض فإذا لم يوجد العوض لا يكون خلعا ، ووافقهم الظاهرية في ذلك ، ووافقهم المالكية فيما إذا وقعت الفقرة بغير لفظ الخلع أو ما في معناه ، أما إذا كانت بلفظ الخلع فلا يشترط وجود العوض فيقع الخلع عندهم بهذا اللفظ مطلقا ذكر العوض أو لم يذكر .

(٢) وعلى ما عليه العمل في مصر من أن كل طلاق يقع رجعيا إلا ما نص القانون على أنه بائن يقع به إذا نوى الطلاق طلقة رجعية ولا عبارة بالبرائن على ما سار عليه القانون ومصر منجب الشافعي .

وقد عرفنا أن هذا الطلاق يعتبر يمينا سواء أوقعه الزوج أو الزوجة ، فهل الطلاق الذي يشترك فيه الزوجان ولا يتم إلا بإرادتها مجتمعة يعتبر يمينا منها كذلك أو يختلف وضع كل منها عن الآخر ؟

يرى أبو يوسف ومحمد أنه يعتبر يمينا من الجانبين . أما أبو حنيفة فيرى - ورأيه الراجح في المذهب - أنه يعتبر يمينا من جانب الزوج لأن الزوج الذي يقول لزوجته خلعتك على مائة دينار يكون هذا القول منه تمليقا للطلاق على قبولها دفع المائة ، وكأنه قال لها : إن دفعت مائة دينار خلعتك ، والتعليق يسمى يمينا في اصطلاح الفقهاء ، ولهذا يأخذ الخلع أحكام اليمين بالنسبة للزوج ، ويكون معاوضة من جهة المرأة ، لأنها بقبولها التزمت بما أوجبه الزوج في نظير افتدائه نفسها وخلاصها من قيود الزوجية ، وكأنها قالت رضيت أن اشتري عصمتي منك بهذا البدل غير أنها ليست معاوضة خالصة بل لها شبه بالتبرعات لأن المعاوضات الخالصة يكون كل من البدلين مالا أو شيئا يقوم بالمال ، وما يخلص للمرأة في نظير المال ليس إلا خلاص نفسها وهو ليس بمال ولا في حكم المال ، ولهذا يأخذ الخلع أحكام المعاوضات بالنسبة للزوجة .

وقد انبنى على اعتبار الخلع يمينا من جانب الزوج الأحكام الآتية :

١ - إذا صدر إيجاب الخلع من جانب الزوج بأن قال لها : خلعتك على مائتي دينار فليس له أن يرجع عن هذا الإيجاب قبل قبول الزوجة ، لأن قوله في معنى تعليق الطلاق ، والطلاق المعلق كالنجز لا يصح الرجوع عنه .

٢ - إنه لو قام من المجلس الذي أوجب الخلع فيه قبل قبول الزوجة لا يبطل إيجابه فلو قبلت في مجلسها بعد قيامه ثم به الخلع لأنها مقيدة بمجلسها هي ، ولأن قيامه يعتبر رجوعا عن الإيجاب دلالة ، وإذا لم يملك الرجوع صراحة لا يملكه دلالة من باب أولى .

٣ - يجوز للزوج أن يعلق الخلع على أمر سيحدث في المستقبل أو يضيفه

إلى زمن مستقبل . كأن يقول لها : إن تزوجت عليك فقد خالعتك على كذا ، أو خالعتك على كذا غدا فقبلت عند تحقق الشرط أو بجيء القصد تم الخلع ، أما إذا قبلت قبل تحقق الشرط أو بجيء الوقت المضاف إليه يكون قبولها لنوا ، لأن التعليق بالشرط والأضافة إلى الوقت إيجاب عند وجود الشرط والوقت .

٤ - لا يجوز له أن يشترط الخيار لنفسه في الخلع . كأن يقول لها : خالعتك على كذا على أنى بالخيار ثلاثة أيام ، لأن الخلع يعين من جانبه والخيار لا يكون في الأيمان لأنه لا يملك الرجوع فيها ، أو أنه إسقاط من جانبه والأسقاطات لا تقبل الخيار .

وانبنى على اعتباره معاوضة من جانب الزوجة الأحكام الآتية :

١ - أن الزوجة لو ابتدأت بالإيجاب في الخلع جاز لها أن ترجع عنه قبل قبول الزوج ، لأن الإيجاب في المعاوضات يصح فيه الرجوع قبل قبول الطرف الآخر .

٢ - إذا ابتدأت هي بالخالعة تقيدت بالنظر إلى كل منها ، فلو قام أحدهما من المجلس قبل تمام الخلع بطل ، فإذا قامت قبل قبول الزوج بطل إيجابها ، لأن المجلس قد انتهى بقيامها حيث تبطل المعاوضات بتفرق المتعاقدين ، وكذلك يبطل إيجابها بقيامه قبل قبوله بهذا المعنى ، وإذا ابتدأ بالإيجاب كان عليها القبول في المجلس إن كانت حاضرة ، وفي مجلس عليها بالخلع إن كانت غائبة<sup>(١)</sup> ، فلو قامت منه ثم قبلت لا يتم الخلع لأن هذا شأن المعاوضات .

٣ - لا يجوز لها أن تعلق الخلع على شرط أو تضيفه إلى زمن مستقبل ، لأن المعاوضات لا تقبل واحدا منها .

---

(١) أما إذا كانت هي البتة فأنه لا يقف طر ما وراء المجلس بأن كان الزوج غائبا حتى لو بلغه وقبل لا يصح . البدائع ج ٣ ص ١٤٥ .

٤ - يجوز لها أن تشترط لنفسها الخيار سواء كانت هي الموجبة . كانت قالت : اختلعت منك بكذا ولي الخيار ثلاثة أيام ، أو كانت قايمة : كان قال لها : خالصتك على كذا . فقالت قبلت ولي الخيار ثلاثة أيام . وفي كلتا الحالتين لها أن ترفض الخلع في تلك المدة أو تقبله فيها فإن رفضته بطل الخلع ولا يلزمها البدل ، وإن قبلته فيها أو مضت المدة بدون قبول أو رفض تم الخلع ولزمها البدل عند الأمام<sup>(١)</sup> . وكذلك لو شرط لها الخيار وقبلته . هذا ما يترتب على كون الخلع من جانبها معاوضة ، أو كونها تشبه التبرعات فيترتب عليها أنه لا بد أن تكون من أهل التبرعات بأن تكون بالغة غائقة غير مجبور عليها وسيأتي تفصيل ذلك .

تلك هي حقيقة الخلع عند الحنفية وهو ما يجري عليه العمل في مصر وفي المحاكم السنية في لبنان لعدم تعرض قانون حقوق العائلة للخلع إلا في كلمة عابرة في المادة - ١٣٠ .

أما المحاكم الجعفرية فتسير على المذهب الجعفري الذي يقرر أن الخلع إزالة قيد الزواج بفدية من الزوجة مع انفرداها بكرامتها لزوجها ، فإن كانت الكراهة من الجانبين فالفرقة بينها تسمى بالمبارأة<sup>(٢)</sup> .

فالخلع والمبارأة حقيقتان تشتركان في الأمر المترتب عليها في أنه

(١) وعند الصائمين الخيار باطل والطلاق واقع في الحال ويلزمها المال إن قبلت لأن الخلع من جانبها يمين لا معاوضة واليمين لا يقبل التخييل ، لأن الخيار إنما شرع للسمع والخلع لا يحتل القسم لأنه طلاق حنفاء ، وجواب أبي حنيفة عن هذا أن يميل الخيار على منع انعقاد العقد في حق الحكم فلم يكن العقد منقذاً في حق الحكم الحال بل هو معروف في علنا إلى وقت سقوط الخيار فحينئذ يعلم . البدائع ج ٣ ص ١٤٥ .

(٢) ومثل المبارأة في ذلك الفاسخة والأبنة فقول : براءتك وغاسقتك وأبتنتك سواء في الحكم . راجع شرائع الإسلام ج ٢ ص ٦٩ وما بعدها . وفقه الأمام جعفر ج ٦ ، وأصل الشيعة وأصولها ص ١٦٩ ومن لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٣٣٨ .

يقع بها طلاق بائن ، وفي أنه لا يصح تعليقها على الشرط ولا الأضافة إلى زمن مستقبل ، لأن كلا منها طلاق وهو لا يكون إلا منجزا عندهم ، وفي أنه لا بد من ذكر البدل فيها فإن لم يذكر لا يقع بهما خلع . ولكنها يختلفان في أن الخلع يترتب على كراهية الزوجة وحدها ، والمبارأة تترتب على كراهية كل من الزوجين للآخر ، وفي أنه يجوز للزوج أن يأخذ من الزوجة أكثر مما أعطاهما في الخلع ، وفي المبارأة لا يجوز له ذلك ، وفي أن وقوع الفرقة في المبارأة موقوف على التلفظ بلفظ الطلاق معها بالاتفاق . بأن يقول لها : بإرائك على كذا فانت طالق ، فإن لم يذكر لفظ الطلاق لا يقع بها شيء ، أما في وقوعها في الخلع فيختلف في كونه شرطا ففي رأي أنه لا يقع ما لم يذكر معه لفظ الطلاق ، وفي آخر لا يشترط وهو المشهور .

#### هل يجوز الرجوع عن خلعهم ؟

إذا صدر الأيجاب منه لا يصح له الرجوع عنه في كل من الخلع والمبارأة قبل قبول الزوجة ، ولا يبطل بقيامه من المجلس قبل قبولها ولكنه يبطل بقبامها منه ، أو إعراضها عنه ، وإذا بطل لا يترتب عليه أثر إلا إذا ذكر لفظ الطلاق معه فإنه يقع به . الطلاق دون أن يلزمها البدل لأنه أصبح طلاقا مجردا بإعراضها عنه .

أما إذا صدر الأيجاب منها فلها الرجوع عنه قبل قبول الزوج لما فيه من معنى المفاوضة منها ، وإذا تم الخلع كان لازما بالنسبة للزوج ليس له أن يرجع عنه ابتداء ، وغير لازم بالنسبة لها فلها أن ترجع في البدل ما دامت في العدة <sup>(١)</sup> ، بشرط أن يعلم برجوعها قبل انقضاء عدتها ، فإذا رجعت كان لزومها

(١) فإن لم يكن لها عدة كتحلل للدخول بها ، أو كان لها عدة ولكن كان طلاقها مكثلا . الثلاث لا يجوز لها أن ترجع مما بذلته . فقه الإمام جعفر ج ٦ ص ٢٦ . ويظهر أن الشيخ منفية قيد العدة بذلك لأنه يرجع القول بأن الطلاق بعد الرجوع ينتقل رجسها وفي الطلاق الكامل للثلاث لا يتصور كون الطلاق رجسها .

أن يرجع في تطليقها بشرط ألا يكون تزوج بأختها أو برابعة ، فإذا رجع عادت زوجيته لها كما كانت ، وإن لم يرجع بقي الطلاق . ولكن هل يبقى بائنا أو يصير رجما ؟ رأيان عندهم :

أولها : يبقى بائنا لأنه حين وقع وقع بائنا فلا يتغير ببطلان العوض .

وثانيهما : أنه يتحول إلى طلاق رجعي لأن الأصل في الطلاق أن يكون رجما ما لم يوجد ما يحمله بائنا كالعوض مثلا . وهنا وقع بائنا لوجود العوض أولا ، فإذا بطل العوض عاد الطلاق إلى أصله وهو الرجعي .

## المبحث الثاني

### في الفرق بين الخلع والطلاق على مال

عرفنا ما سبق أن الخلع له ألفاظ خاصة يقع بها ليس لفظ الطلاق وحده منها على المذهبين الحنفي والمطري ، وأن المفارقة على عوض لا تقتصر على الخلع بل قد تكون بلفظ الطلاق . فتنوعت تلك المفارقة إلى نوعين . خلع وطلاق على مال . وهما يتفقان في بعض الأحكام ويختلفان في بعضها الآخر . فيتفقان في أن الواقع بها طلاق بائن ، لأن المرأة إنما قبلت دفع البذل لتتخلص من سلطان الزوج عليها ، وهذا لا يتحقق إلا بالطلاق البائن باتفاق الحنفية والمطرية .

وفي أن قبول المرأة للبذل لا بد منه فيها ، لأن كلا منهما معاوضة في جانبها ، والمعاوضة لا بد فيها من القبول . ويدون قبولها لا يتم واحد منها .

ويتفقان أيضا عند أبي يوسف ومحمد والمطرية في أن كلا منهما لا يسقط حقا

من حقوق الزوجية إلا بالنص عليه ، و فرق أبو حنيفة بينها حيث أسقط بالخلع كل حق ثابت لأحد الزوجين قبل الآخر وقت الخلع بسبب الزواج الذي وقع فيه الخلع . بخلاف الطلاق على مال فلا يسقط به أي حق منها إلا إذا نص عليه في الاتفاق لاختلاف مدلول كل من اللفظين في نظره . وهذا هو الفرق الأول بينهما .

وأما الفرق الثاني ففيا إذا بطل البذل فيها . كأن كان مالا غير متقوم في حق المسلم ولو كانت الزوجة كتابية ، فالحنفية يذهبون إلى بطلان البذل في الطلاق على مال يحمل الطلاق الواقع به رجعيا لأنه صريح والصريح يقع به الرجعي ، وبطلانه في الخلع لا يغير الطلاق بل يقع بانه لأنه كتابة والواقع بها بائن <sup>(١)</sup> .

والجعفرية يذهبون إلى أن بطلان البذل في الطلاق على مال يجعله طلاقا رجعيا . وإذا بطل البذل في الخلع فسد الخلع فلا يقع به شيء ، وبطل يقع به طلاق رجعي كما يقول الحلي في شرائع الإسلام .

ويظهر أن عدم وقوع شيء به إذا لم يذكر معه لفظ الطلاق على أحد الرأيين ، وإن وقوع الطلاق الرجعي به فيا إذا ذكر معه لفظ الطلاق على الرأي الآخر لأنهم متفقون على أن الخلع إذا لم يذكر معه البذل لا يقع به شيء .

(١) وإنما توجب على بطلان البذل فيها هذا الأمر المختلف . لأن الزوجة لما حلت بالبذل شيئا لا يصح أن يكون عرضا وقبلة الزوج لم تكن غاشة له ولا مفردة به فيقع الطلاق على كل حال ويلغو البذل ويصير كأن لم يكن وحيداً يحمل كل من اللفظين الخلع والطلاق المبرمين حله وشيئاً له حكمه فهذا صريح وذلك كتابة .  
وبلاحظ أن المصنف به في مصر الآن أنه يقع في الحالتين طلاق رجعي . والمصنف به في الأحكام السنية ببلدان مصر المذهب الحنفي الذي يفرق بينهما ولم يوجد تشريع بخالفه .

## المبحث الثالث

### في شروط الخلع

يشترط في الزوج أن يكون أهلا لأيقاع الطلاق . بأن يكون . بالغا عاقلًا . فكل من لا يصبح طلاقه لا يصبح منه الخلع ، لأن من جاز تطبيقه بلا عوض جاز تطبيقه بعوض بطريق الأولى ، فلا يصح الخلع من الصبي والمجنون والمعتوه . ومن اختل عقله بسبب المرض أو كبر السن ، ويشترط في المختلعة أن تكون عالا للطلاق وأهلا للتبرع إذا كانت هي الملتزمة ببذل الخلع بأن تكون بالغة عاقلة رشيدة<sup>(١)</sup> غير محجور عليها ، لأن الخلع بالنسبة إليها معاوضة فيها شبه بالتبرعات ، وأن تكون راضية غير مكرهة عليه عالمة بمعنى الخلع فإن كانت غير عربية ولقنتها زوجها بالعربية كلمات : اختلعت منك بالمهر ونفقة العدة فقالت هذه الكلمات وهي لا تعرف معناها وقبل الزوج طلقت طلاقا بائنا ولا شيء له من البذل .

وزاد الحنفية على ذلك أن تكون طاهرا طهرا لم يجامعها فيه إذا كانت مدخولا بها غير يائسة وكان حاضرا معها وأن تتحقق الكراهة منها .

خلع من لم تتوافر فيها الشروط لعدم الأهلية أو نقصانها أو الحجر عليها للفسه أو الأكواء ، لكل واحدة من هؤلاء أحكام خاصة ، وإليك بيانها :

---

(١) يلاحظ أن الرشد هنا يرتبط بسن الزوجية في نظر القانون المعمول به ، فإذا كانت يمتد إلى إحدى وعشرين سنة كما في مصر يكون خلع الزوجية قبل بلوغها تلك السن خلع غير الرشيدة فلا يلزم المال ويكون الطلاق رجعيا ، وكذلك إذا بلغت هذه السن وكان محجورا عليها للفسه ، وفي لبنان يسجل سن الرشد ثنائي عشرة سنة فخلع المرأة قبلها يكون خلع غير الرشيدة لا يلزم فيه المال .



### خلع عديمة الأهلية كالصغيرة غير الميزة والمجنونة .

إذا تولت الخلع بنفسها فالخلع باطل لا يترتب عليه أي أثر ، لأنه علق خلعها على قبولها . وهو غير معتبر فلم يتحقق الشرط الذي علق عليه الطلاق ، أما إذا تولى أيها الاتفاق مع الزوج على خلعها أو طلاقها في نظير مال التزم به فيقع الطلاق بائناً في الحالتين ، لأن الزوج علقه على قبول الأب وقبوله معتبر هنا ، ويلزمه المال للزوج ، ولا يسقط بهذا الخلع شيء من حقوق الزوجة التي تسقط بالخلع عند أبي حنيفة .

أما إذا قبل الأب الخلع أو الطلاق على مال ولكنه لم يلتزم دفع البدل من مال نفسه بل أضافه في قبوله إلى مال ابنته وقع الطلاق في الخلع بائناً وفي الطلاق على مال رجعيًا ، لأنه علق على قبوله وقبوله معتبر على أصح الروايتين عند الحنفية (١) ولا يلزم المال لا الأب لأنه لم يلتزم به ولا الصغيرة لأن الأب أضافه إلى مال لا يملك التبوع منه

ويرى الجعفرية أن خلع عديمة الأهلية فاسد لا يقع فيه شيء لأن القبول ركن ولم يوجد إلا إذا أتبعه بلفظ الطلاق فإنه يقع به طلاق رجعي في المدخول بها وبائناً في غير المدخول بها والمكمل للثلاث إذا تحققت شروط وقوع الطلاق . كما يصحسون خلع الولي إذا التزم بالمال ، وإن لم يلتزم به فلا يقع به شيء .

### خلع ناقصة الأهلية كالصغيرة الميزة :

إذا تولت الخلع بنفسها وهي تفهم معنى الخلع وآثاره وقبلت ذلك وقسم

---

(١) وفي الرواية الأخرى لا يقع الطلاق لأن الزوج طلق في نظير استعاقبه البدل فكان معلقاً على هذا الاستعاقاق وهو لم يستحق شيئاً فتح القدير ج ٣ ص ٣١٨ . وأجيب عن ذلك بأنه حين يعلم أنها ليست أهلاً للتبوع فيكون التخليق على مجرد قبولها . وإن كان يحل ذلك فلا حذر بالجهل بالأحكام .

عليها طلاق بائن ، لأنه علقه على قبولها وما دامت مميزة فقبولها معتبر في حق وقوع الطلاق وإنما وقع بائنا لأنه كناية والكتابات يقع بها البائن .

ولذلك قالوا : إذا طلقها على مال وقبلت وقع به رجعا إن كانت مدخولا بها ولم يكن مكتملا للثلاث لكونه صريحا ، ولا يلزمها البذل في الحالين لأنها ليست من أهل التبرع . ومثلها في ذلك السفينة المحجور عليها يصح خلعها ويقع عليها الطلاق ولا يلزمها المال . وإذا قولي الخلع أبو الصغيرة المميزة <sup>(١)</sup> أو القيم على المحجور عليها فعكسه على التفصيل السابق في عديمة الأهلية .

ويذهب الجعفرية إلى أن خلع ناقصة الأهلية غير صحيح ، لأن البذل شرط في صحة الخلع ولم يصح منها ، لأنها ليست أهلا للتبرع فلا يقع به شيء إلا إذا أتبع الخلع بلفظ الطلاق فإنه يقع به الطلاق إذا تحققت شروطه ، وكذلك السفينة إلا إذا أذن لها به القيم فإنه يصح إذا كان ذلك في مصلحتها وتحققت الكراهة منها .

وإذا خالع عنها الولي صح ويلزمه البذل إذا التزمه ويكون في مالها إذا ثبتت كراهتها للزوج وكان لها مصلحة في الخلع .

### خلع المكروهة

إذا أكرهت الزوجة على الخلع لا يلزمها المال ، لأن الالتزام بالمال مع الأكره غير صحيح بالاتفاق ، أما الطلاق فيقع عليها لأنه علق على مجرد قبولها وقد وجد منها القبول ويقع به طلاق بائن عند الحنفية .

---

(١) وما يجب التنبيه عليه هنا أنه لا يميز للولي أن يتولى الخلع عن الزوج الصغير . فلو فعل لا يقع به طلاق ولا يلزم المال ، لأن الخلع من جانب الزوج يمين كما قدمنا والأب لا تجري فيها النيابة ولأنه لا يملك أن يطلق عنه .

أما الجعفرة فيذهبون إلى أن خلع المكرهة باطل لأن من شروط الخلع أن تكون كرهة لزوجها ، ولا يتصور إكراهها على الخلع مع كراهتها لزوجها .

### خلع الأجنبي

إذا باشر الخلع أجنبي ليس وكيلا عن الزوجة ولا ولاية له عليها فإن أضاف البديل إلى نفسه بحيث يفهم منه التزامه به . كأن يقول للزوج : أخلع زوجتك على مائة دينار من مالي مع الخلع ووقع به الطلاق وكان البديل على ذلك الملتزم ، وإن لم يصفه إلى نفسه فإن أضافه إلى غيره بأن قال : أخلعها على كذا يلتزم به فلان فإنه يتوقف على إجازة من أضافه إليه : فإذن أجازته صح الخلع ووقع الطلاق ولزمه المال ولا دخل للزوجة في هاتين الحالتين فلا يشترط رضاها ، لأنه يشترط عند ما تكون هي الملتزمة بالبديل ، والطلاق من الحقوق التي يستقل بها الزوج ، وإن لم يصف البديل إلى أحد توقف الخلع على قبول الزوجة لأنها الأصل في الخلع ، فإن قبلت صح ولزمها البديل ، وإذا لم تقبل لم يلزمها المال ، أما الطلاق ففيه رأيان في المذهب الحنفي . ذهب الجعفرة إلى أن خلع الأجنبي غير صحيح ، لأن الآية أضافت الافتداء إلى الزوجة وهو حكم كالاستثنى من الأصل ودليله قاصر عليه فيبقى ما عداه على الأصل فيكون خلع الأجنبي من غير دليل شرعي فلا يصح .

### خلع المريضة مرض الموت

إذا خالع الزوج زوجته وهي مريضة مرض الموت كان خلعها صحيحا بقى به الطلاق البائن ويثبت به البديل ، وكذلك لو طلقها على مال وقبلت . غير أن هذا البديل لما كان شبيها بالتبرع وهو في هذه الحالة يأخذ بحكم الرصية لتعلق حق الورثة والدائنين بالتركة من أول المرض الذي كان سببا للموت فلا ينفذ إلا في حدود ثلث التركة ، لأنها لا غنى للتبرع بأكثر من الثلث ، فإن ماتت الزوجة في مرضها أثناء عدتها ، قلحنية يوجبون للزوج الأقل من أمور ثلاثة :

بدل الخلع . وثالث التركة : ونصيبه من الميراث ، لو افترض بقاء الزوجية وورثتها بالفعل ، وإنما وجب له أقل هذه الأمور الثلاثة احتياطاً ومحافظة على حقوق ورثتها لاحتمال أن يكون الزوجان قد اتفقا على الخلع في هذا المرض ليحصل الزوج على أكثر من نصيبه في الميراث<sup>(١)</sup> لو بقيت زوجيته إلى وقت وفاتها ، وفي هذه الحالة لا يجوز لها أن تحاييه بطريق التبرع لأنه وصية وهي لا تجوز للوارث عند الجمهور ولا تنفذ عند الحنفية إلا بإجازة باقي الورثة . أو يحصل على أكثر مما يمكن لها أن تعطيه له بطريق الوصية لو كان غير وارث بأن انقطعت الزوجية قبل وفاتها لتوقف نفاذ الوصية بما زاد على الثلث على إجازة باقي الورثة . فلو وجب كل البدل لأمكن أن يأخذ أكثر مما يستحقه بطريق الميراث لو كان وارثاً ومن ثلث التركة بطريق الوصية لو لم يكن وارثاً . فعمامة لها بنقص مقصودهما وجب له أقل هذه الأمور الثلاثة ، وإن ماتت في مرضها بعد انقضاء عديتها يجب له الأقل من بدل الخلع ومن ثلث تركتها لأن احتمال الأثر منتف في هذه الحالة لانقطاع كل آثار الزوجية التي هي سبب الميراث ، ولم يبق إلا احتمال محاباته بأكثر مما يستحق بطريق الوصية وهو الثلث ، وإن ماتت بعد أن شفيت من مرضها الذي حصل فيه الخلع استحق الزوج الخالع بدل الخلع كله لظهور أن الخلع تم في حالة الصحة .

هذا هو مذهب الحنفية وعليه يجري العمل في المحاكم السنية في لبنان حيث إن قانون حقوق العائلة لم يعرض لهذه المسألة .

قد كان العمل بالمحاكم المصرية يجري عليه إلى أن صدر قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الذي أجاز الوصية أو ما في حكمها للوارث كالأجنبي في حدود ثلث التركة بدون توقف على إجازة باقي الورثة أصبح للزوج الخالع لزوجة في مرض موتها يستحق الأقل من بدل الخلع ومن ثلث التركة

(١) ونصيبه في الميراث لا يخرج من نصف التركة أو ربما حسب وجود الولد للزوجة وعنده .

ولو زاد على نصيبه في الميراث سواء ترقيت الزوجة أثناء عسفه وبعد انتقاضها،  
لأنه لا اعتبار لما يستحقه من الميراث حينئذ لما جازت له الرجعة إن كان  
وارثاً بثلاث التركة .

أما المذهب الجعفري الذي تسيّر عليه المحاكم الجعفرية فيصيح حنح حريصه  
مرضي الموت وكان للزوج البدل وينفذ من أصل التركة إذا كان لا يزيد على مهر  
مثلها ، فإن زاد لا تنفذ الزيادة إلا إذا خرجت من ثلث التركة<sup>(١)</sup> بناء على أنهم  
يحيزون الوصية للوارث كالأجنبي بلا فرق بينها ، وإن برئت الزوجة من مرضها  
الذي وقع الخلع فيه لزمها جميع البدل لأنه ظهر أنه خلعت الصحيحة

## المبحث الرابع

### في بدل الخلع وشروطه

تحت هذا العنوان نتكلم عن أمور ثلاثة :

أولها : ما يصح أن يكون بدلا للخلع وما يشترط فيه .

ثانيها : هل يشترط أن يكون مذكوراً في المضالمة ؟ .

ثالثها : حكم أخذ الزوج لذلك البدل في الأحوال المختلفة .

ما يصح أن يكون بدلا للخلع وشروطه

كل ما صح أن يكون مهراً صح أن يكون بدلا في الخلع ولا تقدير فيه .

(١) فقه الإمام جعفر الشيخ محمد جواد مقنية ج ٦ ص ٢٤ . ويطلب من ذلك بقوله : قال  
صاحب المسالك « هذا هو المشهور بين الفقهاء والمعمول به بينهم » وقال صاحب الشرائع « وهو  
أشبه بأصول النكح وقواعده » .

باتفاق الحنفية والجمعية ، فيصح أن يكون من التقدين أو المقار أو المنقول ، كما  
 يصح أن يكون ديناً في ذمة الزوج ، أو منفعة تقوم بالمال ، كما يصح أن يكون  
 الخلع على إرضاع ولدها منه مدة معينة ، أو على حضائته المدة المقررة لها دون  
 أن تأخذ منه نفقة عليها ، أو على أن تقوم بالإنفاق عليه مدة معينة وعليها  
 الوفاء بذلك ، فإن امتنعت عن القيام بما التزمته أو عجزت عن الوفاء به ، أو  
 خرجت عن أهلية الحضانة ، أو مات الطفل قبل انتهاء مدة الرضاعة أو الحضانة  
 المتفق عليها كان لمن خالعهما الرجوع عليها بما يقابل المدة الباقية ، لكنها تدفعه  
 إليه أقساطاً ، كما كان يستحق عليها لو وقت به المدة كلها .

كما أن له الرجوع على ورثتها لو ماتت قبل الوفاء بما التزمته إلا إذا شرطت  
 عليه ألا يرجع عليها بشيء إذا مات الولد أثناء مدة الرضاعة أو الحضانة ، وإذا  
 كانت الزوجة التي خالعت على نفقة ولدها مسرة لا تستطيع الأنفاق جازاً لها  
 أن تطالب الزوج بالأنفاق من ماله ، ويحبر على إجابة طلبها ، وكان ذلك ديناً  
 عليها إذا أسرت ، لأن النفقة حق الولد ، وهي في الأصل واجبة على الأب ،  
 ولكنها انتقلت إلى الأم لما جعلتها بدلاً في خلعهما ، فإذا عجزت قام الأب مقامها  
 إحياء للولد من الهلاك وليس في ذلك ضرر به لأنه سيرجع عليها بالنفقة عند  
 ميستها .

#### الشروط

يشترط في بدل الخلع إذا كان مالا : أن يكون متقوماً ، فإذا كان غير متقوم  
 لم يلزم الزوجة شيء ويقع الطلاق البائن عند الحنفية .

وعند الجمعية يفسد الخلع ولا يقع به شيء . وقيل يقع به طلاق رجعي إن  
 أعقبه بلفظ الطلاق ، وكذلك يشترط فيه : ألا يكون مجهولاً جهالة فاحشة ،  
 فإن كان بطل الخلع عند الجمعية ، لأن الخلع معاوضة وجهالة البدل يفسدها .

وصح عند الحنفية وانصرف البذل إلى مهرها<sup>(١)</sup> إذا لم يمكن تقديره ، فإن  
 أمكن وجب المذكور في العقد ، وهذا نظير ما لم يذكر بدلا واللفظ ينبي عن  
 إيجاب البذل وسيأتي بيانه ، ووجهه أن الخلع طلاق . وفي الطلاق معنى الأسقاط ،  
 لأنه يؤدي إلى إسقاط حق الزواج في المتعة والأسقاطات يدخلها المساغة ، كما  
 يشترط في بطل الخلع ألا يكون فيه عدوان على حق الشارع أو على حق الغير ،  
 فإن كان فيه ذلك وجب البذل في حدود ما لا يتضمن العدوان .

فلو خالعا على ألا نفقة لها ولا سكنى صح البذل في النفقة دون السكنى ،  
 لأنها حق الشارع <sup>بمقتضى</sup> الحنفية ، والجمعوية لما لم يوجبوا لها السكنى فذكرها  
 عندهم وعدم ذكرها سواء ، ولو خالعا على أن تبقى حضانتها للصغير إلى وقت  
 بلوغه لم يصح البذل إلا إلى آخر مدة الحضانة المقررة شرعاً وبطل في الباقي ،  
 لأن الصغير بعد فترة الحضانة محتاج إلى التربية والتعليم والتخلق بأخلاق الرجال  
 وبقاؤه في حضانة أمه إلى وقت البلوغ عدوان ضار به يجب رفعه شرعاً .

ولهذا قرر فقهاء الحنفية أن الخلع إذا وقع على حضانة الصغيرة إلى البلوغ صح  
 البذل في المدة كلها ، وعلموا ذلك بأن بقاءها في حضانة أمها بعد سن الحضانة

(١) فإذا خالعت على مال غير معين عند الحنفية كان ذلك على ثلاثة أوجه :

١ - ألا تذكر مالا أصلا ولكن تذكر عبارة تحتمل المال وعدمه ، كما إذا قالت : خالعتي  
 على ما في يدي أو ما في بيتي ، فإنه يحتمل أن يكون فيه شيء وأن لا يكون . وحكمه أن  
 الخلع يصح فإن وجد شيء أخذه وإلا فلا شيء له .

٢ - أن تذكر مالا ليس موجودا في الحال ولكنه يوجد بعد ، كما إذا قالت له : خالعتي  
 على ما تنتجه نخيلي من ثم هذا العام ، وحكمه أنه يصح الخلع وينصرف البذل إلى المهر سواء  
 وجد الثمر أم لم يوجد .

٣ - أو تذكر مالا مجهولا ولكنه موجود في الحال ، كما إذا قالت له : خالعتني على المتاع  
 الموجود في الدار ، أو الثمر الموجود على الفحل أو ما في بطن هذه الناقة مثلا ، وحكمه أنه  
 يصح الخلع وإن وجد شيء بما حتمت كان للزوج وإن لم يوجد انصرف البذل إلى المهر .

المقررة شرعاً لا يضر بها لأنها محتاجة إلى أن تعرف آداب النساء وتعلم شئونهن وتتخلق بأخلاقهن ، والنساء أقدر على ذلك من الرجال <sup>(١)</sup> .

### هل يشترط أن يكون بدل الخلع مذكوراً ؟

لا خلاف في المذهب الحنفي في أنه لا يشترط فيه أن يكون مذكوراً .  
حتى إن الكاساني في بدائمه <sup>(٢)</sup> يقرر في صراحة أن الخلع نوعان . خلع بعوض وخلع بغير عوض ، لكنه عند الإطلاق ينصرف إلى الخلع بعوض فهو حقيقة عرفية شرعية ، فلو قال لأجنبي : اخلع امرأتي فخلعها بدون عوض لم يصح ، والمأالة فيها التفصيل الآتي :

صفة المأالة لا تخلو . إما أن يذكر فيها البذل أولاً ، وعند عدم ذكره ، إما أن تكون الصيغة منبئة عن وجوبه أولاً ، فإذا ذكر البذل فلا كلام في وجوبه . كأن يقول لها : خالعتك على كذا وقبلت ذلك ، ولا يحتاج إيقاع الطلاق فيه إلى نية ، وإذا لم يذكر البذل ولكن الصيغة تنبيه عن وجوب مال على الزوجة في نظيره كما لو قال لها : خالعتني ، أو اختلعتني متى أو اقتدي نفسك مني وما تشاكي ذلك ، وفي هذه الحالة يجب البذل وينصرف إلى مهرها ، فإن لم تكن قبضته سقط حقها فيه ، وإن كانت قبضته كله أو بعضه وجب عليها رده ما أخذته ويقع به الطلاق البائن إذا قبلته المرأة ، لأنها لا تقبل دفع العوض إلا لتبين من زوجها ، فإن لم تقبله لا يقع به شيء لأنه معاوضة لا بد فيها من القبول .  
أما إذا لم يذكر البذل ولم تكن الصيغة منبئة عن وجوبه ، كما إذا قال لها :

---

(١) ونحن نقول لهم في هذا الفرق : لو كان صحيحاً في نظر الشارع لجعل من الحضنة في الصغيرة من أدل الأمر إلى سن البلوغ وحيث لم يفعل فلا يجوز لنا أن نفرق بينها . ولأن البنت بعد سن الحضنة محتاجة إلى صيانتها والحفاظ عليها . والأب أقدر على ذلك من الأم فتمازجت الصليحتان فتزجج أقوالهما ولا أظن إلا أن الثانية أرجح ما قالوه .

(٢) ٣ ص ١٤٤ .



حلمتك بصيغة الماضي فيقع به الطلاق البائن بمجرد النطق إذا بوى به الطلاق لأنه كناية ولا يتوقف على قبولها ولا يلزمها بدل ، وإذا لم ينويه شيئاً لا يقع به طلاق .

هذا إذا صدرت تلك الصيغة من الزوج ، أما إذا صدرت من المرأة أولاً : فلا بد لوقوع الطلاق بها من قبول الزوج . فإذا قبل لزم البدل وانصرف إلى مهرها ، فإذا لم يقبل لا يقع بها شيء لأن المرأة لا تملك الطلاق .

أخذ الزوج البدل ومتى يحل والمقدار الذي يحل أخذه ؟

عرفنا أن الخلع مشروع عندما يقع النزاع بين الزوجين المؤدي إلى الشقاق بينهما الذي يخافا معه ألا يبقيا حدود الله كما هو صريح القرآن .

لكن هذا الشقاق قد يكون المتسبب فيه الزوج وحده ، وقد يكون سببه من قبل الزوجة ، وقد يكون منها معاً ، وحل أخذ البدل يختلف باختلاف هذه الأحوال ، فإن كان من قبل الزوج فلا يحل له أخذ شيء من الزوجة في نظير فراقها لقوله تعالى : « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً ، أتأخذونه بهتانه وإثمًا مبيناً ، وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض ، وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً » النساء ٢٠ ، ٢١ .

فهذا النص الكريم ينهي الزوج عن أخذ شيء مما أعطاه للزوجة عند إرادة الاستبدال ، وهذا طبعاً لا يكون إلا عندما تكون الكراهة منه وحده ، وأكد النبي بما جاء في آخره « أتأخذونه بهتانه وإثمًا مبيناً » ، وقوله تعالى : « ولا تضاوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » ، فإنه نهى الأزواج عن عضل الزوجات بإلحاق الأذى بهن ليكون وسيلة إلى أخذ بعض المهر ، لكنه استثنى حالة الآتيان بفاحشة مبينة - التي فسرت بالزنا أو بالتشوز - فأباح فيها الأخذ ، وهذا يقتضي أن الأخذ عند عدم السبب منها حرام .

وهنا يقرر جمهور الفقهاء ، أن هذا هو حكم الديانة بينه وبين الله المبرر عنه بالحل والحرمة ، أما في القضاء فيجوز له الأخذ بناء على حكم القاضي به (١) . لأن الزوج أسقط حقه في نظير عوض رُضيت به الزوجة وهو من أهل الأسقاط وهي من أهل المعاوضة ، أما إذا كان السبب من قبلها وحدها أو اشتراكا فيه فيحل له أخذ البذل ، لقوله تعالى : « ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا ، إلا أن يخافا ألا يبقيا حدود الله ، فإن خفتم ألا يبقيا حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ، تلك حدود الله فلا تعتدوها ، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون » البقرة - ٢٣٠ .

فهذه الآية نفت الجناح عن الزوج في أخذ الفداء ، وعن الزوجة في الأعطاء في حالة خوفهما ألا يبقيا حدود الله ، وهذا الخوف يكون عندما تكون الكرامة من المرأة وحدها ، أو منها معا .

وإذا حل له البذل في هذه الحالة . فهل يتقيد بمقدار المهر أو تجوز الزيادة ؟ في المذهب الحنفي روايتان :

أولاهما : أن أخذ الزيادة جائز لا شيء فيه لأطلاق الآية السابقة « فلا جناح عليها فيما افتدت به » فإنها رقت الجناح عنها في الأخذ والمعطاء من الفداء من غير فصل بين ما إذا كان المعطى مساويا للمهر أو زاداً عليه ، ولأن الخلع معاوضة ، والبذل فيها يرجع إلى تراض الطرفين ، وحينئذ أعطت الزيادة أعطتها من مالها بطيب من نفسها . وقد قال تعالى : « فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً » .

(١) جواز الأخذ قضاء في هذه الحالة إذا لم يعضلها بأن أساء شرطها ليحصلها على الاقتداء فإن فعل ذلك لم يجز له الأخذ لصريح النهي عنه ، « ولا تعضلوهن لتغييرا ببعض ما آتيتموهن » وإن صح الخلع عند الحنفية ، وخالفهم الشافعية والمالكية والحنابلة والهميرية حيث قرروا : أن الخلع باطل في هذه الحال للآية السابقة ، فلا يجوز له أخذ البذل ويقع الخلع طلاق رجعي عند من يعتبر الخلع طلاقاً لا فسخاً .

وثانيتها : أن أخذ الزيادة مكروه للآية السابقة ، فإن قوله تعالى : « ولا جناح عليها فيما اقتدت به » رفع الجناح عنها فيما اقتدت به من المهر ، لأن آخر الآية مردود إلى أولها ، وأول الآية ينهى الأزواج عن أن يأخذوا من الزوجات شيئاً مما أوتهن من المهور ، واستثنى منه الأخذ في حالة خوفها ترك إقامة حدود الله . فكان المراد من قوله فيما اقتدت به أي مما آتاهما ، ويؤيد ذلك ما جاء في حديث قصة امرأة ثابت بن قيس بن شماس أن رسول الله قال لها : « أتردين عليه حديثه » فقالت : نعم وزيادة ، قال : « أما الزيادة فلا » ، نهى عن الزيادة مع كون النشوز من قبلها ، وقد عرضت الزيادة بطيب من نفسها .

هذا هو مذهب الحنفية ، أما الجعفرية فقالوا : إذا كانت الحياة ملتزمة بين الزوجين ، أو كانت الكراهة من قبل الزوج وحده ، فبدلت له المال ليخلعها ، لا يصح الخلع ولا يحل البذل للزوج ، وعند وقوع النزاع بينها واضطراب الحال يجوز الخلع على بدل تدفعه الزوجة ، لكن إذا كانت الكراهة من جانبها جاز له أن يخالفها على أكثر مما أعطاها من المهر ، وإن كانت منها مما لا يجوز له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاه ، وفي المبرأة لا يجوز أن يأخذ منها أكثر مما أعطاه مطلقاً ، لأنها في الغالب لا تكون إلا إذا كانت الكراهة منها مما .

وقانون حقوق العائلة صرح « بأن الخالعة تجرى إذا كان سبب الشقاق من الزوجة ويكون الخلع على تمام المهر أو على قسم منه » م ١٣٠ .

## المبحث الخامس

### في أحكام الخلع

يترتب على الخلع آثار بعضها متفق عليه وبعضها يختلف فيه :

فاتفقوا على ما يلي :

- ١ - أنه يقع به طلاق بائن باتفاق الحنفية والجعفرية .
- ٢ - أنه لا يتوقف على قضاء القاضي ككل طلاق يقع من الزوج .
- ٣ - أنه لا يبطل بالشروط الفاسدة . كأن تشترط أن تكون لها حضنة الطفل ولو تزوجت بغير ذي رحم محرم منه ، أو أن تسقط حضانتها له . فالشرط يبطل وحده ويصح الخلع .
- ٤ - يجب به ما اتفقا عليه من البذل قليلا كان أو كثيرا ، ولا يسقط به شيء من الديون أو الحقوق التي لأحد الزوجين على الآخر مما لا يرتبط بمقدار الزواج كشن مبيع أو وديعة وغيرها .

واختلفوا في الحقوق التي ترتبط بالزواج ولم تذكر في الخلع ضمن الاتفاق . فأبو حنيفة يسقط به كل حق ثابت بالفعل <sup>(١)</sup> لكل من الزوجين على الآخر . كالمهر والنفقة المتجمدة للزوجة سواء أ كان الخلع بهذا اللفظ أو كان بلفظ المباشرة . لأن المقصود بالخلع قطع الخصومة والمنازعة بين الزوجين ، وهذا لا يتحقق إلا بإسقاط كل حق يتعلق بالزواج ، فليس للزوجة أن تطالب بمهرها الذي لم تقبضه ، ولا بالنفقة المتجمدة لها ، وليس للزوج أن يطالبها بالمهر الذي قبضته إلا إذا كان الخلع واقعا عليه .

وذهب محمد والجعفرية إلى أنه لا يسقط به أي حق ولا يجب به إلا ما

---

(١) أما ما لم يثبت كثلة العدد والسكنى فلا تسقط بالخلع بالاتفاق . ومثل ذلك حق الطفل في الحضنة وأجرة الرضاع . وليلحظ أن الحقوق التي تسقط هي الحقوق المتعلقة بالزواج الذي وقع فيه الخلع ، فلو كان لأحدهما حق متعلق بزواج سابق فلا يسقط ، فلو طلقها بائنا وكان عليه بقية المهر ثم تزوجها من جديد وغالما فانه لا يسقط بهذا الخلع ماسكان من المهر بالزواج الأول .

اتفقا عليه بأي لفظ وقع ، لأن الخلع شبه بالمواضة فلا يجب به إلا ما شرط .

ولأن كلا من لفظي الخلع والمبارأة ليس صريحا في الدلالة على سقوط تلك الحقوق فلها بعد الخلع أن تطالب . بالمهر إن لم تكن قبضته ، وينفقتها المتجمدة وغير ذلك .

وأبو يوسف يفرق بين ما إذا وقع الخلع بلفظ الخلع ، وبين ما إذا وقع بلفظ المبارأة ، ففي الأول لا يجب إلا ما اتفقا عليه ، وفي الثاني يسقط به كل الحقوق المتعلقة بالزوجة مع ما اتفقا عليه ، فهو في الأول مع محمد وفي الثاني مع أبي حنيفة .

ووجه التفرقة : أن المبارأة صريحة في إبراء كل من الزوجين صاحبه . وهي لم تعيد بشيء دون غيره فتعمل على الإبراء من كل ما يتعلق بالزواج ، أما لفظ الخلع وما اشتق منه فلا يدل على هذا المعنى فيقتصر فيه على ما اتفقا عليه .

وما يجب ملاحظته هنا أن العمل يجري بمصر على الراجح من مذهب الحنفية وهو هنا مذهب الإمام ، وهو أن الخلع يسقط كل حق لأحد الزوجين على الآخر ، ولا يستثنى من ذلك إلا النفقة المتجمدة للزوجة ، فإنها لا تسقط بالخلع ، لأن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ اعتبر دين النفقة ديناً صحيحاً في ذمة الزوج من وقت امتناعه عن الاتفاق لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء في مادته الأولى ، ونصها « تعتبر نفقة الزوجة التي سلمت نفسها لزوجها ولو حكماً ديناً في ذمته من وقت امتناع الزوج عن الاتفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراش منها ، ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء » .



## الباب الثاني

في التفريق بين الزوجين بواسطة القضاء

وفيه فصول





تمهيد : قدمنا أن الطلاق حق للزوج لمان شرحناها في غير موضع ، وأنه يملك إيقاعه بنفسه أو ينيب عنه غيره بثوكيل أو تفويض ، وأن الشارع الحكيم راعى جانب الزوجة ، فشرع لها الاقتداء بالمال إذا كرهت فزوجها ، ومثل البض قلبها ، ووجدت أن حياتها معه لا تحتمل لتحصل الموازنة بين الجانبين .

ولما كان هذا الظاهر لا يرفع الحرج كله عن المرأة ، فقد لا يرضى الزوج بقبول الفدية ، وقد تكون المرأة عاجزة عن دفع البذل الذي يطلبه الرجل ، كما أن تضرر المرأة من الحياة الزوجية لا يقتصر على مجرد كراهتها لزوجها ، فقد تطرأ أمور أخرى تدعوها إلى طلب الطلاق .

لذلك فتحت الشريعة لها باب الخلاص وإن لم يرض به الزوج ، فجعلت لها حق اللجوء إلى القاضي ليطلقها ، وأوجبت على القاضي الاستجابة لها متى وجد السبب المقتضي لما طلبت وامتنع الزوج عن المفاصلة بالمعروف .

وقد اتفق الفقهاء على بعض أسباب طلب الطلاق واختلفوا في بعضها الآخر ، وسنعرض لتلك الحالات التي يقوم فيها القاضي بالتفريق بين الزوجين بالتطليق أو فسخ الزواج حسبما يحزي عليه العمل في مصر ولبنان مع بيان مصدر ذلك من أقوال الفقهاء .

ففي مصر يقوم القاضي بالتفريق في حالات خمس ، نص القانون رقم ٢٥

لسنة ١٩٢٠ على اثنتين منها ، وهما التفريق لعدم الأنفاق ، والتفريق للعيب ،  
والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على باقيا ، وهي التفريق للضرر وسوء العشرة ،  
والتفريق لفية الزوج بدون عذر ، والتفريق لحبسه .  
وقانون حقوق العائلة نص على الحالات الأربع الأولى في المواد من ١١٩ إلى  
١٣١ ولم يعرض للأخيرة ، وهي التفريق لحبس الزوج (١) .

---

(١) وقانون الطائفة الدرزية نص على التفريق في تلك الحالات الخمس و زاد عليها حالة  
سادسة وهي ما إذا حكم على الزوج بجرمة الزنا .

## الفصل الأول

### في التفريق لعدم الأنفاق

إذا لم يحصل الزوجة على نفقتها الواجبة بسبب من قبل الزوج كمرضه أو امتناعه عن الأنفاق ، فإن كان له مال ظاهر أو عند شخص آخر ، وأثبتت الزوجة ذلك بأي وسيلة لم يكن لها طلب التفريق بهذا السبب لأن مكان حصولها على حقها . كما قدمنا .

أما إذا لم تتمكن من الحصول عليها لمرضه أو لفنيته التي لا يعلم معها مكان ماله ، أو لامتناعه عن الأنفاق مع قدرته ، فهل يكون لها حق طلب التفريق في هذه الحالة ؟

اختلف الفقهاء في ثبوت هذا الحق لها . فالحنفية يذهبون إلى عدم ثبوته ، بل لها أن تطلب من القاضي الأذن لها بالاستدانة عليه إن كان معسراً أو غائباً ، وجبره على الإنفاق إن كان متمتعاً عن الأنفاق وتهديده بالحبس أو بالعزير إن لم يفعل .

والأئمة الثلاثة « مالك والشافعي وأحمد » ، جعلوا لها حق طلب التفريق ، وعلى القاضي إجابتها لطلبها متى ثبتت صحة دعواها . على اختلاف بينهم في التفصيلات .

والجمهورية في مشهور مذهبهم ليس لها هذا الحق موافقين الحنفية في ذلك ،  
ولهم آراء أخرى تتفق في جللتها مع رأى الأئمة الثلاثة .

استدل الحنفية على ما ذهبوا إليه بالأدلة الآتية :

١ - إنه لم يرد دليل صريح من كتاب الله أو سنة رسوله أو أقوال أصحابه  
يدل على جواز التفريق لدمم الاتفاق . لذلك لم يؤثر عن رسول الله أنه فرق بين  
زوج وزوجته بهذا السبب مع كثرة المصرين من أصحابه ، ولو كان ذلك مبيعا  
للتفريق لقضى به ولو في قضية واحدة أو لبين للزوجة أن لها هذا الحق .

٢ - إن الله أمر الأزواج بأن يتفق كل واحد منهم ما استطاع في قوله  
تعالى : « لينفق ذو رزقة من سعيه ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله  
لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاه » الطلاق - ٧ ، فمن أعسر بنفقة زوجته غير  
مكلف بدفع النفقة في الحال لأنه غير مكلف بدفع ما ليس عنده .

٣ - إن عدم الاتفاق إن كان للعسر لا يكون الزوج ظلما فيه وعلى صاحب  
الدين وهو الزوجة إنظاره إلى حين اليسار لقوله تعالى : « وإن كان ذو عسرة  
فنظرة إلى ميسرة » البقرة - ٢٨٠ ، وإن كان مع القدرة كان ظلما ويجب رفع  
ظلمه ولا يتعين التفريق طريقا لذلك لا مكان دفعه ببيع ماله إن عرف مكانه أو  
بحسبه لعله على الاتفاق أو إظهار ماله الذي أخفاه مع ما في الدفع بهذا الطريق  
من المراعاة للجانبين معا بخلاف الطريق الأول فإنه يقف في جانب الزوجة .  
واستدل الأئمة الثلاثة بمن وافقهم بحجة أملة :

أولا : بآيات من كتاب الله منها قوله تعالى : « فامساك بمعروف أو  
تسريح بإحسان » البقرة - ٢٢٩ ، وقوله : « ولا تمسكوهن ضرارا لتمتدوا »  
البقرة - ٢٣١ ، وقوله : « وعاشروهن بالمعروف » النساء - ١٩ قالوا : إن  
إمساك الزوجة مع عدم الاتفاق فيه ضرر كبير يتنافى مع أمر الله به من

الأمساك بالمعروف ، بل هو إمساك لأجل الضرر فيها إذا كان موسرا ومعتبرا  
عن الاتفاق مع أنه منهي عنه ، فيجب عليه التسريع بالأحسان بأن يطلقها ،  
فإذا لم يفعل ثاب عنه القاضي فيه رفعا لظلمه ودفعاً للضرر عن المرأة

ثانيا : بقوله: <sup>عليه</sup> « لا ضرر ولا ضرار » الذي يفيد بعمومه منع الشخص  
من أن يلحق الضرر بغيره أو يتضرر الشخصان فيضر كل منهما صاحبه .

ثالثا : إنه إذا وقع الاتفاق على جواز التفريق بالميب الذي لا يفوت معه  
الإلتمعة فيجوز التفريق بعدم الاتفاق الذي تقوم به الحياة من باب أولى .

وقد ناقش كل فريق أدلة الآخر وليس هنا مجال إيرادها ، ولكن الذي  
يبدو من أدلة المحوزين للتفريق أنها لا تقيد أكثر من أن الأمساك ضرار منهي  
عنه لأنه ظلم يلحق بالزوجة الضرر ، وهذا لا يتحقق إلا في صورة الامتناع عن  
الاتفاق مع يساره ، ومن يفعل ذلك يكشف عما في نفسه من أنه لا يريد  
معاشرة زوجته ويقصد بامتناعه عن الاتفاق مضايقتها لتفتدي نفسها منه بالمال  
أو يكون صاحب نفس شريرة ، ومثل هذا يكون من الخير التفريق بينه وبين  
زوجه فإن لم يقم هو بذلك ثاب عنه القاضي .

أما المعسر الذي طرأ عليه الأعمار فليس ظالماً حتى يتدخل القاضي لرفع  
ظلمه بالتطليق عليه ، ومعلوم أن المعسر وليس بيد الله سبحانه « ييسر الرزق  
لن يشاء ويقدر » ، وقد ذهب ابن القيم إلى رأي وسط وهو أنه لا حق للمرأة  
في التفريق بسبب إعمار الزوج إلا إذا أغرها عند الزواج وتراوى لها باليسار  
كذباً أو كان ذا مال فترك الاتفاق عليها وعجزت عن أخذ كفايتها من ماله  
بوسيلة من الوسائل الممكنة ، أما إذا تزوجته حالة بإعساره أو تزوجته موسراً  
فأعسر فلا حق له في طلب الفرقة ، لأنه يتنافى مع فضائل الوفاء والتراحم  
والتعاون على الحياة ثم قال : وقد جعل الله الفقر والفنى مطيتين للعباد فيفتقر  
الرجل الوقت ويستغني الوقت ، فلو كان كل من افتقر فسمعت عليه امرأته لم

البلاء وتفاقم الشر وفسخت انكحة أكثر الناس وكان الفراق بيد النساء فمن الذي لم تصبه عسرة ولم تعوزه النفقة أحيانا » (١) .

أما المذهب الجعفري فالمشهور فيه أنه لا يفرق بين الزوجين لعدم الاتفاق سواء كان لصر الزوج أو لامتناعه عنه مع يساره أو لغيبة لا يستطيع معها تحويل النفقة إلى زوجته . غير أنه نقل فيه أقوال أخرى تتفق في أن عدم الاتفاق من أسباب التفريق بين الزوجين إذا تضررت الزوجة منه وطلبت التفريق ولكنها تختلف في التعميم والتخصيص .

ففي قول للحاكم أن يطلق لعدم الاتفاق إذا كان سبب الأعرار والمعجز وهو لابن الجنيدي وصاحب الرياض ، وفي قول آخر للحاكم أن يطلق إذا امتنع الزوج عن الاتفاق مع قدرته عليه ولا يطلق إذا كان معسراً وهو ما ذهب إليه صاحب الجواهر وصاحب الحدائق . وفي قول ثالث : إنه يطلق عليه مطلقاً لا فرق بين العاجز والمنتع يستوي في ذلك الحاضر والغائب وهو ما ذهب إليه السيد الحكيم في منهاج الصالحين ، لكن عبارته ليست قاطعة حيث يقول : لا يبعد أن يجوز لها أن ترفع أمرها إلى الحاكم الشرعي فيأمر زوجها بالطلاق فإن امتنع طلقها الحاكم الشرعي ، ومثل ذلك في ملحقات العروة الوثقى . . لا يبعد جواز طلاقها للحاكم الشرعي مع مطالبتها وعدم صبرها لقاعدة نفي الضرر خصوصاً إذا كانت شابة .

وقد كان السند لهذه الأقوال ما روى عن الإمام جعفر الصادق أنه قال : « إن أُنقِ عليها ما يقيم حياتها مع اكسوة وإلا فرق بينهما » ، وفي عبارة أخرى « من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها ويطعمها ما يقيم عليها كان

(١) زاد للعاد ج ٤ ص ٣٧٣ .

حقاً على الأمام أن يفرق بينهما <sup>(١)</sup>

### ما عليه العمل الآن في مصر ولبنان

أما في لبنان فالحاكم الجعفرية تسيير على المذهب الجعفري ، والمحاكم السنية تسيير على ما يقضي به قانون حقوق العائلة ، وهو التفريق إذا تعذر الحصول على النفقة وطلبت الزوجة التفريق ، فالمادة ١٢٦ تنص على أنه « إذا اخفى زوج امرأة وذهب لحل مدة سفر أو أقرب وتغيب أو فقد وتعذر تخصيص النفقة وطلبت زوجته التفريق فالحاكم بعد إجراء التحقيقات اللازمة يحكم بالتفريق بينهما » .

وظاهر عبارة هذه المادة وإن كان في الزوج الغائب إلا أن حكمها لا يقتصر عليه بل يشمل الحاضر أيضاً الذي لا يستطيع أخذ النفقة منه بدليل عبارة « وتعذر تحصيل النفقة » .

فمدار التفريق على تعذر تحصيل النفقة ولا أثر لكونه غائباً ، لأن المادة التي بعدها بينت حكم التفريق بالغيبة وإن ترك الزوج مالا من جنس النفقة .

ثم إن هذا القانون نص على أن التفريق الذي يوقعه الحاكم يكون طلاقاً بائناً كما جاء بالمادة - ١٣١ - « الحكم الصادر بالتفريق بموجب المواد السابقة يتضمن الطلاق البائن » .

أما في مصر فقد كان العمل يجري بمقتضى المذهب الحنفي إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فأوجب العمل بما يخالفه . وهو في جلته مأخوذ من مذهب مالك .

---

(١) نقل هذه الأقوال الشيخ محمد جواد مغنبة في كتاب فقه الأمام جعفر الصادق ج ٦ ص ٣٠ وما بعدها ، ويختار القول بالتعميم ويقول : إنه الذي عليه العمل والفتوى من علمائهم في هذا المصير والذي قبله .

ويقضي هذا القانون في مواد ٤ ، ٥ ، ٦ وما تبع ذلك من منشورات  
وزارية موضحة له بما يأتي :

١ - إذا كان للزوج مال ظاهر « يمكن التنفيذ فيه بالطرق المعهودة » نفذ  
الحكم عليه بالنفقة في ماله سواء أ كان حاضراً أم غائباً ، ولا موضع في هذه  
الحالة لطلب التفريق لعدم الاتفاق ، ويقوم مقام مال الزوج مال الكفيل بالنفقة  
إذا كان ماله ظاهراً يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه ، كما جرى عليه عمل القضاة  
عند تطبيقهم لهذا القانون ، لأن الزوجة ستحصل على حقها ويندفع عنها الضرر  
فلا يكون لها حق طلب التطلق .

٢ - إذا لم يكن له مال ظاهر وكان حاضراً وصدر عليه حكم بالنفقة ولم  
يتفق للزوجة حتى طلب التطلق ، فإذا طلبته عرض الأمر على الزوج فوات  
ادعى الأعرار وأثبتته بطريق من طرق الأثبات أو صادقته الزوجة على دعواه  
أمهله القاضي مدة لا تزيد على شهر فإن لم يتفق فيها طلق عليه القاضي بقوله :  
« طلقك منه » .

وإن ادعى الأعرار ولم يثبت أو ادعى اليسار وأصر على عدم الاتفاق أو  
سكت عن بيان حاله من يسار أو إعسار وأصرت على طلب التفريق طلق عليه  
في الحال دون إمهال ، لأن امتناعه عن الاتفاق في هذه الأحوال دليل على أنه  
يقصد الأعنت والأضرار بالزوجة فلا فائدة في إمهاله حيث لم يثبت إعساره  
بخلاف الصورة الأولى التي أثبت فيها إعساره لأنه معذور فيمهل ربما تبدل حاله .

٣ - إذا لم يكن له مال ظاهر وكان غائباً . فإن كانت غيبته قريبة بأثر  
كان في مكان يسهل حصول قرار المحكمة إليه في مدة حددت بما لا يتجاوز  
تسعة أيام <sup>(١)</sup> . أعذر إليه القاضي بالطرق المقررة في لائحة التنفيذ وضرب له

---

(١) هذا التعديد مرجعه مذهب الأمام مالك وهو المصدر لهذا التشريع حيث إنه جمل =



أجلاً تقدر مدته بحسب ما يراه القاضي ويعلمه به ويقول له : احضر للأنفاق أو أرسل النفقة لزوجتك وبين له أنه سيطلق عليه امرأته إذا لم تصلها النفقة في الأجل المضروب ، فإن لم يحضر للأنفاق عليها ولم يرسل إليها النفقة وتحققت المحكمة من وصول الأعدار إليه طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل وإثبات الزوجة وقائع الدعوى « الزوجية . وغيبه زوجها . وعدم إنفاقه » .

والمسجون المسر بالنفقة يماثل تلك المعاملة بأن ترسل له المحكمة إعداراً بإرسال النفقة فإن لم يفعل طلق عليه ، وإن كانت الغيبة بعيدة لا يسهل وصول قرار المحكمة إليه ، أو كان مجهول المكان أو كان مفقوداً لا تعلم حياته من وفاته طلق عليه القاضي بدون إعدار ولا إهمال متى ثبتت الزوجية والغيبة وأنه لا مال له تنفق منه ، ويعتبر هذا التطليق طلاقاً رجعية إذا كان بعد الدخول ولم يكن مكملًا للثلاث . فللزوج أن تراجع زوجته في أثناء عدتها إذا أثبت يساره واستعد للأنفاق ، وإن كان القضاة لا يكتفون بمجرد إظهار الاستعداد بالقول بل لا بد من دفع النفقة الواجبة عليه ، فإذا لم يثبت اليسار أو لم يدفع ما وجب عليه لا تصح رجعته .

لكن يلاحظ أن هذا القانون لم يتعرض لبيان الأعمار الذي يترتب عليه التطليق بياناً كافياً غير ما يؤخذ من الأطلاق في المادتين ٤ ، ٥ في الأنفاق والنفقة الذي يتبادر منه أن المراد به الأعمار عن النفقة الواجبة للزوجة . مع أن مذهب مالك الذي اعتمد عليه القانون يفسره بأنه الأعمار عن النفقة الضرورية الحاصرة والمستقبلة للنفقة الماضية ، فهو كان قادراً على الأنفاق بقدر الضرورة عاجزاً عن إتمام الواجب عليه لا يطلق القاضي عليه كما سبق

— حدد الغيبة البعيدة بمن كانت على مسافة عشرة أيام أو كان مجهول المكان . فاعتبر القانون من تصل إليه الرسائل في مدة لا تتجاوز تسعة أيام قريب الغيبة ومن كانت تصل في أكثر منها بعيد الغيبة . ولم يلاحظ تطور المواصلات وسرعة وصول الرسائل وعدمها .

بيانه عند الكلام عن النفقة . وكان الواجب أن يفسر الأعراس المراد أو يحيل على المذهب الذي أخذ منه الحكم .

وترتب على عدم التفسير أو الأحالة أن جرى عمل القضاة على أن الأعراس يتحقق بالعجز عن دفع النفقة المعكوم بها عليه لأنهم لا يبيعون له مراجعة امرأته في المدة إلا إذا أثبت يساره ودفع المطلوب منه حالا واستعد للأتفاق في المستقبل ، ويطبق على النفقة الماضية حكم دين النفقة وهو أنها لا تسقط إلا بالأداء أو الأبراء .

كما أن القانون لم يعرض لمسألة ما إذا تطوع شخص بالأتفاقه على الزوجة حتى يوسر الزوج . ومذهب مالك في ذلك أنه يسقط حقها في طلب الطلاق إذا تطوع بها شخص آخر سواء كان قريباً للزوج أو أجنبياً عنه لاندفاع حاجتها بذلك (١) .

كما لم يعرض القانون لحكم ما إذا تزوجته معسراً عالمة بإعساره مع أن مذهب مالك لا يرى لها حقاً في طلب التفريق في هذه الحالة ، لأنها رضيت بالقيام معه على هذه الحال لأسقاطها حقها على ما هو المشهور في المذهب .

كل هذه المسائل كان يجب على المشرع تجليتها أو يحيل فيها على مذهب مالك الذي استند إليه حيث لا تفيد فيها الأحالة على المذهب الحنفي الذي يعتبر المرجع العام لكل ما سكت عنه القانون لعدم وجود أحكام لهذه المسائل فيه لأنه لا يرى التعليل لعدم الأتفاق وهذه المسائل متفرعة عليه .

---

(١) والشائعية يفرقون في التطوع فإن كان أصلاً لزوجها وهو في حياله سقط حقها بذلك لأن إلتاقه عليها كان اتفاق الزوج فلا منة عليها . أما إذا كان للتطوع غير ذلك فلا تجبر على قبول النفقة منه ولا يسقط حقها كذلك لأنها تأبى المنة عند قيام غير زوجها أو أمه بالأتفاق عليها .

## الفصل الثاني

### في التفريق للميب :

المراد بالميب هنا نقصان بدني أو عقلي في أحد الزوجين يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة أو قلقة لا استقرار فيها . وقد اختلف الفقهاء في التفريق بالميب اختلافاً كثيراً متشعباً فاختلّفوا أولاً في أنه موجب للتفريق .

فذهب الظاهرية إلى أنه لا يفرق بين الزوجين بالميب أيا كان نوعه . سواء كان موجوداً بأحد الزوجين قبل المقد أو بعده ، لأنه ليس فيه دليل من كتاب أو سنة ، وكل ما ورد بشأنه أقوال عن الصعابة . وهي لا تخرج عن كونها آراء اجتهدية لا تصلح للاحتجاج بها — هكذا قالوا — وقد اختار هذا الرأي الشوكاني في نيل الأوطار ورجعه .

، وإلى عكس ذلك ذهب شريح القاضي وابن شهاب الزهري وأبو ثور فقالوا : إن كل عيب بأحد الزوجين لا يحصل معه المقصود بالزواج من التنازل أو توافر المودة والرحمة بينهما أو يحدث التفرقة بينهما يوجب الخيار للطرف الآخر ، لأن المقصد تم على أساس السلامة من الميوب ، فإذا انتفت السلامة فقد ثبت الخيار .

وقد اختار هذا الرأي ابن القيم فقال في الجزء الرابع من زاد المعاد : « إن الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساويا لها لا وجه له ، فالعمى والحرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما أو يكون الرجل كذلك من أعظم المنفرات ، والسكوت عنه من أقبح التدليس والفش وهو مناف للدين ، والأطلاق في العقد إنما ينصرف إلى السلامة فهو كالشروط عرفا ، وقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له : أخبرها أنك عقيم وخيرها .

لهذا يقول رضي الله عنه في الميوب التي يعتبر المقيم عندها كمال بلا نقص . والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل معه مقصود الزواج من الرحمة والمودة يوجب الخيار .

ووسط جمهور الفقهاء بين الرأيتين فقرروا أن ليس كل عيب يصلح سببا لطلب التفريق بل الميوب التي تخل بالمقصود الأصلي من الزواج ، أو يترتب عليها ضرر لا يحتمل الطرف الآخر . وبعد اتفاقهم على هذا اختلفوا في أمور :

الأول : من يثبت له هذا الخيار . أهو كل من الزوجين أم الزوجة وحدها ؟

فذهب الحنفية إلى أنه يثبت للزوجة فقط ، لأن الزوج يستطيع دفع الضرر عن نفسه بالطلاق الذي ملكه الله إياه ، ولا داعي لرفع الأمر للقضاء لما فيه من التشهير بالمرأة أما الزوجة فلا تملك الطلاق فيتمتع إعطاؤها حق طلب التفريق لتدفع به الضرر عن نفسها .

ومذهب الأئمة الثلاثة إلى أن هذا الحق يثبت لكل من الزوجين فيجوز للزوج طلب التفريق إذا وجد زوجته عيبا يمنع الاتصال الجنسي كالرتق والقرن

والعقل والأفشاء<sup>(١)</sup> أو وجدها مجنونة أو بها جذام أو برص ، لأنه يشترط بذلك ولا يستطيع معاشرتها مع وجود تلك العيوب كما ثبت لها هذا الحق إذا وجدت بزواجها عيباً .

الثاني : في عدد العيوب الموجبة للتفريق :

فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنها العيوب التي تمنع التنازل وهي ثلاثة : أن يكون الرجل عنيماً أو محبوباً أو خصياً<sup>(٢)</sup> . لأن الغاية من الزواج حفظ النسل ، فإذا لم يكن الزوج صالحاً للتنازل استحال تحقيق المقصود من العقد أما غير هذه العيوب فهي لا تمنع تحقق هذا المقصود ويكفي تحققه في الجملة .

وزاد محمد بن الحسن ثلاثة عيوب أخرى وهي : الجنون والجذام والبرص . والأئمة الثلاثة وافقوه عليها وزادوا غيرها ، فعدوها المالكية ثلاثة عشر بعضها خاص بالرجل وبعضها خاص بالمرأة ، وبعضها مشترك بينهما ، وزاد الحنابلة عيوباً أخرى .

والجعفرية عدوها في الرجل أربعة : الحب والعنة والخصاء والجنون ، وفي المرأة سبعة : الجنون والبرص والجذام والقرن والأفشاء والعمى والعرج والرتق . إذا منع من المخالطة الجنسية ولم يمكن إزالته ، أو أمكن وامتنعت عنه عن علاجه . على تفصيل عديم فيما كان موجوداً منها قبل العقد أو حدث بعده وقبل الدخول أو بعده .

---

(١) الرتق : انسداد موضع الاتصال الجنسي سواء كان الانسداد بعمق أو بعمق لحم . والقرن : شيء يبرز في هذا الموضع كقرن الشاة يمنع من الاستعمال . والعقل : لحم يبرز من موضع الاتصال يشبه الأدرة للرجل ، والأفشاء : اختلاط السكين بالمرأة .  
(٢) العنق : من له آلة صغيرة أو كبيرة لا يستطيع المخالطة بها ، والمحبوب : مقطوع الذكر والحصيتين ، والخصي : مقطوع الأثنين فقط ، وقيد الشافعية كونه عيباً بما إذا كان ينتصب .

الثالث : في نوع التفريق الواقع بالميب . هل هو فسخ أو طلاق ؟  
 فالحنفية والمالكية طلاق بائن ، لأن فعل القاضي يضاف إلى الزوج فكأنه  
 طلقها بنفسه ، وإنما جعل بائناً لأن المقصود منه دفع الضرر عن المرأة ولا يحصل  
 ذلك إلا بالطلاق البائن .

والشافعية والحنابلة والجمهرية فسخ ، لأن الفرقة جاءت من قبل الزوجة .  
 أما إذا كان الميب في الزوج فظاهر ، وأما إذا كان فيها والزوج هو الذي  
 طلب التفريق فقد كانت هي السبب في طلبه ، والفرقة إذا جاءت من قبل  
 الزوجة تعتبر فسخاً لا طلاقاً ويظهر أثر هذا الخلاف في نقصان عدد الطلاق  
 به إذا جعل طلاقاً ، وعنه نقصانه به إن كان فسخاً ، وفي وجوب نصف المهر  
 لها إذا كان قبل الدخول وعدم وجوبه

الرابع : هل هذا الحق يثبت لصاحبه على الفور بمجرد العلم به فيسقط  
 بسكوته عنه فترة من الزمن يستطيع فيها رفع الأمر إلى القاضي وإليه ذهب  
 المالكية والشافعية والجمهرية . أو هو ثابت على التراخي فلا يسقط بمجرد  
 السكوت بل لا بد من الرضى به صراحة أو دلالة كما يقول الحنفية والحنابلة .  
 حتى لو رفعت الدعوى ثم تركتها مدة لا يسقط حقها ويكون لها رفعها من  
 جديد إلا إذا خیرها القاضي بعد ثبوت حقها في التفريق وسكتت فإنه يسقط  
 حقها لأن عليها الاختيار في مجلس التخصير .

الخامس : هل يشترط فيمن يطلب التفريق بالميب أن يكون خالياً من  
 العيوب أو لا يشترط ذلك ؟

من الفقهاء من جعله شرطاً كالحنفية ، ومنهم من لم يجعله شرطاً كالمالكية  
 والشافعية .

### ما يجري عليه العمل :

وقد كان العمل جارياً بمصر على الراجح من مذهب الحنفية وهو رأي الشيخين ، وخلاصته أن الزوجة إذا وجدت بزوجه عيباً من الميوب الثلاثة كان لها أن تطلب التفريق وتجاب لطلبها بالشروط الآتية :

١ - أن يكون العيب موجوداً عند العقد أو حدث بعده قبل الدخول ، أما إذا حدث بعده فلا يثبت لها الخيار ، لأن الزوج بالوصول إلى المرأة مرة قد أوقاها حقها قضاء ، فليس لها أن تطالبه بملها .

٢ - أن تكون باللفة . فإن كانت صغيرة ينتظر بلوغها لجواز أن ترضى به بعد البلوغ .

٣ - ألا تكون عالة بالعيب وقت النكاح وألا ترضى به بعد علمها إذا لم تكن عالة ~~بغير~~ فإن كانت عالة أو رضيت به صراحة أو دلالة لم يثبت لها الخيار .

٤ - ألا تكون المرأة معيبة بعيب يمنع من المحالطة الجنسية كالرتق والمفل والقرن ، لأنه لا معنى لطلبها الفرقة في هذه الحالة . حيث إنها غير صالحة للمخالطة وليس لها حق فيها ، فلا يكون الزوج ظالماً بأمرها حتى يؤمر برفع الظلم عنها بالطلاق .

فإذا توفرت هذه الشروط وطلبت الزوجة التفريق وثبت العيب الذي تدعيه بأي طريق من طرق الإثبات ، فإن كان الزوج مجبوراً أمره القاضي بتفريقها ولا يملك لعدم الفائدة في إهماله فإن أبى أن يطلق طلقها القاضي نيابة عنه ، لأنه نصب لرفع الضرر .

وإن كان عتيقاً أو خصياً أجله القصي<sup>(١)</sup> سنة لاحتمال أن يكون عديم وصوله إليها لمة طارئة يرجى زوالها ، وإنما كان التأجيل إلى سنة لأنه المروى عن فقهاء الصحابة عمر وعلي وعبدالله بن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم ، ولأن السنة تشتمل على الفصول الأربعة ، ومن الناس من يمتدل مزاجه وتنشط دواعي رغبته في النساء في فصل دون آخر ، فإذا مرت السنة<sup>(٢)</sup> بفصولها الأربعة تبين أن ما به ليس أمراً طارئاً بل هو عيب مستحكم فيه .

### ما يتبع في طلب التفريق والتأجيل :

إذا طلبت الزوجة التفريق بسبب العنة أو الخصاص فادعت أنه لم يصل إليها لهذا العيب فإن اعترف الزوج بما تدعيه وصدقها في دعواها أجله القاضي سنة سواء كانت المرأة عند الزواج بكرًا أو ثيبًا ، فإن انتهت السنة وأصرت الزوجة على طلبها لأنه لم يصل إليها وصدقها الزوج في عدم الوصول أمره أن يطلقها فإن لم يفعل طلقها عليه ، وإن أنكر دعواها فإن كانت الزوجة حين العقد عليها ثيبًا فالقول قوله مع يمينه لأنه ينكر استحقاقها للفرقة وهي تدعيها والظاهر يشهد له ، لأن الأصل في الإنسان السلامة من العيوب ، فإن حلف ورفض دعواها ، وإن نكل عن اليمين اعتبر مصدقاً لها في دعواها أجله سنة كما إذا اعترف من أول الأمر .

(١) والفقهاء فكاد تتفق كلمتهم على التأجيل في الميب الذي يرجى بروه ولكنهم اختلفوا فيما يجب للتأجيل من الميوب تبعاً لاختلافهم في إمكان البره وعدمه ، فالحنفية والحنابلة : التأجيل في العنة والخصاء لا غير ، والشافعية : التأجيل في العنة دون غيرها ، والمالكية : التأجيل في كل من الجنون والجذام والبرص سنة ، وفي الرق والقرن إذا كان يرجى البره منها ، أجله المدة التي يراها يتحقق فيها البره ، أما الجب والعنة والخصاء فلا تأجيل فيها عندهم لعدم رجاء البره في نظرهم . وهذا - كما نرى - مخالف للأثر المروية عن فقهاء الصحابة في التأجيل في الميبي ومن في حكمه .

(٢) وهذه السنة . قيل أنها قمرية لأنها للمهودة في تأجيلات الصحابة ، وقيل شمسية لأنها تشتمل على الفصول الأربعة ، والمخطب في ذلك سهل لأن الفرق بينهما أيام .



وإن كانت بكراً حين العقد عين القاضي امرأتين<sup>(١)</sup> من الموقوف بهن للكشف عليها . فإن ثبت أنها ثيب فالقول قوله مع يمينه حتى لو ادعت أنه أزال بكارتها بغير المخالطة لما قلنا إن الظاهر يشهد له فيحلف أنه أزال بكارتها بالمخالطة .

وإن تبين أنها لا تزال بكراً أجله سنة ، فإن مضت السنة وعادت تدعي عدم الوصول يماه الكشف عليها فإن وجدت بكراً أمره بالطلاق فإن طلقها انتهت المسألة ، وإن امتنع عن الطلاق طلقها القاضي عليه .

وإن وجدت ثيباً فالقول قوله مع اليمين فإن حلف ورفض دعواها ، وإن نكل عن اليمين كان مصدقاً لها وخيرها القاضي بين البقاء معه أو التفريق . فإن اختارت التفريق في المجلس طلب منه أن يطلقها فإن لم يفعل طلقها عليه<sup>(٢)</sup> .

ولو قامت بدون اختيار اعتبرت متنازلة عن دعواها حتى ولو أقامها أعوان القاضي من المجلس لأنه يمكنها الاختيار بكلمة بسيطة

وإنما وجب التأجيل بهذين العيين دون غيرها ، لأن عدم وصول الزوج إلى زوجته مع أحدهما يحتمل أن يكون لميب مستحکم من أصل الخلقة فيكون سبباً للتفريق ، ويحتمل أن يكون لأمر عارض يزول بمرور الزمن فلا يكون سبباً موجباً للتفريق ، ولا يستطيع الأطباء القطع بأحدهما فيؤجل سنة للوقوف على حقيقته ، لأن الأمر العارض قد يزول في فصل من فصول السنة ، وإذا

---

(١) وهذا احتياط وإلا فامرأة عدة كلفية .

(٢) وروى الطلاق بإيقاع القاضي هو ظاهر الرواية في الذمب الحنفي لأنه المنصوص في كتاب الأصل لمحمد كما يقول الكمال في فتح القدرج ٣ ٢٦٥ . وهناك رأى آخر إنه يقع باختيارها دون حاجة إلى تطليق القاضي .

حكم القاضي بالتفريق بينها بسبب من الميوب كان طلاقاً بائناً ووجب عليها  
المدة احتياطاً ويجب لها كل المهر في العنة والخصاء باتفاق أئمة المذهب لأنه تفريق  
بعد خلوة صحيحة، أما إذا فرق بينها بسبب الجب فيجب لها كمال المهر أيضاً  
عند الأمام ويجب لها نصف المهر عند الصاحبين ، لأن الخلوة جعلت كالدخل  
في العنة والخصاء لاحتلاله معها ، أما الميوب فلا يتصور منه دخول فلا تكون  
خلوته موجبة تمام المهر .

والطلاق الواقع هنا طلاق بائن لأنه طلاق قبل الدخول حقيقة ، ولأنه  
لا يرتفع الضرر عنها إلا به كما قدمنا .

هذما كان معمولاً به في مصر وتلك طريقته فما كان يفرق بسبب إلا بهذه  
الميوب الثلاثة .

فلما صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ أضاف إلى تلك الميوب عيوباً  
جسمية أخرى يفرق بها فأجاز لها طلب التفريق بكل عيب من الميوب المنفرة  
أو الضارة وقد مثل لها بالجنون والجذام والبرص واشترط فيها أولاً : أن تكون  
من الميوب المستحكمة التي لا يرجى شفاؤها أو يمكن شفاؤها ولكن بعد  
زمن طويل أو لا يمكن المقام معه إلا بضرر يلحق الزوجة . وأحال الفصل  
في ذلك إلى أهل الخبرة من الأطباء .

وثانياً : ألا تكون المرأة عالة به عند العقد أو رضيت به بعد علمها ، فإن  
رضيت به صراحة أو دلالة كان طالبتها بالنفقة مثلاً بعد حدوث الميوب أو علمها  
به لم يكن لها طلب التفريق . جاء ذلك في المواد ٩ ، ١٠ ، ١١ ونصها :

٩ م - « للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً  
مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه  
إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك السبب بالزوج قبل العقد

ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به ، فإن تزوجت عالة بالمعيب أو حدث بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق .

م ١٠ - « الفرقة بالمعيب طلاق بائن » .

م ١١ - « يستعان بأهل الخبرة في الميوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها » .

فهذه المواد فتحت أمام المرأة باب الميوب التي تطلب التفريق بها ، وهذا حسن وجيل لأن الحياة الزوجية قوامها الاستقرار وهو لا يوجد مع عيب من تلك الميوب التي وصفها ، ولكنه لم يمرض لميوب التناسل التي كان التفريق قاصراً عليها بدليل أنه سكت عن حكم التأجيل المقرر فيها ، فالظاهر أنه أبغى الحكم فيها كما كان . على معنى أنها لا تؤثر إلا إذا كانت موجودة قبل العقد أو حدثت بعده قبل الدخول .

وهذا مما يؤخذ عليه أولاً : إذ كيف يجعل للمرأة الخيار إذا طرأ مرض من الأمراض الجسيمة التي يرجى علاجها بعد زمن طويل ويتمها من ذلك إذا طرأ على الزوج عيب من عيوب التناسل الذي يجعل المرأة ممرضة للفتنة والفساد معتمداً على ما قرره الفقهاء من أن حق المرأة في الاتصال الجنسي قضاء يقتصر على مرة واحدة مدى الحياة ؟

وهذا أمر غير معقول ولا دليل عليه ، لأن الله شرع للفرقة بالأيلاء دون التقييد بعدم الوصول إليها قبله . ولو كان ذلك هو حقها لما أطلقه .

وهذا حكم رسول الله في قصة عبدالله بن عمرو بن العاص وشكوى امراته من اشتغالها بالمعبادة عنها يقول له : « إن تزوجك عليك حقاً » دون أن يسألها عن قربانه لما قبل ذلك . فلو كان حقها في المرة الواحدة فقط لسألها عن ذلك ولاخبرها أنها لا حق لها فيما طلبت لو كان دخل بها مرة ، فالحق أن استمتاع المرأة حق مستمر لها ما دامت الحياة الزوجية ، وقد جوز بعض الفقهاء للفرقة

بالغية خوف الفتنة وخشية الوقوع في الزنا من غير تقييم بعدم دخول سابق .  
وقد جاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مقررًا ذلك في صراحة . فأجاز للمرأة حق طلب التفريق إذا حبس زوجها أو غاب عنها سنة أو أكثر وخشيت على نفسها الفتنة والوقوع بالزنا ، فإذا أجاز القانون هذا الحق مع غيبة الزوج عنها خوف الفتنة أفلا يكون من الأولى أن يبيح لها هذا الحق مع وجوده معها وعجزه عن مباشرتها ؟ لأن هذا الوجود مع ذلك العجز يثير في نفسها دواعي الشهوة أكثر مما تثيره غيبته عنها .

وثالثا : إنه اعتبر المرض الذي يرجى الشفاء منه بعد زمن طويل من دواعي طلب المرأة التفريق . غير أنه لم يحدد الزمن الذي يعتبر طويلا حتى يحق لها الطلب والذي لا يعتبر طويلا فلا يحق لها الطلب ، بل ترك ذلك التقدير لأهل الخبرة (١) وهم عادة يختلفون فيقع القضاء في حيرة عند اختلافهم .

وكان الأجدر به أن يحدد ذلك بزمن منضبط كما حدد فقهاء الصحابة الزمن الذي يؤجل له العنين بسنة ، وفقهاء المالكية المحدثون والأبرص بسنة إذا إذا كان يرجى برؤه فيها (٢) . فينص على أن القاضي يؤجل الحكم سنة إذا قرر الطبيب إمكان البرء من المرض في أقل من سنة ويفرق في الحال إذا قرر أكل من ذلك .

ورابعا : إنه مع توسعه في إثبات الحق للمرأة لم يجعل للزوج هذا الحق اكتفاء بما له من حق الطلاق جريا على مذهب الحنفية ، وكان من العدل أن يجعل له هذا الحق كما ذهب إليه الأئمة الثلاثة ، لأن الزوج يتضرر إذا وجد زوجته مريضة بمرض لا يتمكن من مباشرتها معه وبخاصة إذا وجده كانت

(١) فيرجع إليهم القاضي ليسأله عن مدى الضرر المنتظر من هذا المرض ومن إمكان البرء منه وعدم إمكانه وعن المدة التي يمكن البرء فيها .

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدرر في ج ٢ ص ٢٧٩ .

موجودا عند العقد فتكون قد غرت ، واستعمال حقه في الطلاق يكلفه المال وهو في غنى عن دفعه ما دامت هي التي تسببت فيه ، ولأنه تزوج ليعيش مع زوجته طول حياته لا ليطلقها .

كان من القدر أن يجعل له حق الفسخ بكل عيب دلس عليه فيه عند العقد حتى لا يتخذ التدليس والخداع وسيلة للحصول على المال .

فأما العيوب الحادثة بعد العقد فيكفيه الضرر ضررها ما يملك من حق الطلاق ، وهذه الحالة هي التي تستحق المرأة فيها السر عليها وعدم التشهير بها وهو مذهب المالكية .

أما في لبنان فتانون حقوق العائلة جعل حق طلب التفريق بالعيب للزوجة فقط كذهب الحنفية ، ولكنه لم يقتصر على عيوب المقاربة الجنسية في الرجل ، بل توسع فيها فأضاف إليها الأمراض التي لا أمل في شفاؤها أو يوجد ولكنه يستمر أكثر من سنة ، ومثل لها بالجذام والبرص وعلّة الزهري والجنون ، غير أنه فرق بين النوعين فجعل عيوب المقاربة موجبة للتفريق إذا كانت قبل الدخول وبشرط ألا تكون معيبة بعيب منها ، أما بعده أو مع وجود العيب بها فلا حق لها .

وإذا كانت العلة قابلة للزوال أجله القاضي سنة تحتسب من زمن الحادثة أو من وقت إفاقته إذا كان مريضاً ، ولا تحتسب من السنة زمن مرض أحدهما وتقيب الزوجة ، أما غياب الزوج وأيام حيضها فإنه يحسب منها ، فإذا لم تول ولم يرز الزوج بالطلاق وأصرت الزوجة يفرق بينهما ، وإذا اختلف الزوجان في المقاربة بأن ادعاهما الزوج وإنكرت الزوجة فإن كانت بكراً فالقول قولها بلا يمين ، وإن كانت ثيباً فالقول قوله مع اليمين .

أما إذا كانت غير قابلة للزوال فلا تأجيل بل يفرق في الحال حيث لا فائدة في التأجيل ، كما صرح بأن الزوجة إذا اطلمت على عيب في زوجها من تلك العيوب وأقدمت على الزواج سقط حقها في الخيار ما عدا العنة لاحتقال أنها

أقدمت على ذلك رجاء أن تزول فلا يكون رضا منها على الدرام كما هو مذهب الشافعية .

أما إذا رضيت بالميب بعد الزواج سقط حقها في الخيار ولو كان الميب هو العنة . جاء ذلك في المواد ١١٩ ، ١٢٠ ، ١٢١ . وهذا كما ترى في جملة ما أخذ من مذهب الحنفية هذا استثناء إطلاقها على العنة قبل الزواج .

أما الميوب الأخرى وهي الميوب الجسمية والأمراض فقد أثبت حق الخيار فيها للزوجة مطلقاً . سواء كانت العلة موجودة قبل الزواج أو حدثت بعده .

فإذا طلبت الزوجة التفريق نظر القاضي في العلة فإن كان يوجد أمل بزوالها أجل الحكم سنة ، فإن زالت لا تفريق ، وإن لم يزل فرق بينها إذا لم يقبل الزوج بالطلاق وأصرت الزوجة على طلبها ، لكنه قصر ذلك على العلة التي لا يمكن للزوجة الإقامة معه سوى بلا ضرر بدليل التمثيل بالأمراض التي يتعدى ضررها إلى الزوجة أو تنتقل بالوراثة إلى الأولاد كالجزام والبرص والزهرى ، أما إذا كانت غير ذلك فلا تفريق كالعمى والمرج . م ١٢٢ .

وصرح في المجنون بأن الموجب للخيار منه ما كان حادثاً بعد عقد الزواج ويؤجل سنة كغيره ، فإن لم يزل يفرق بينها إذا أصرت الزوجة على طلبها م ١٢٣ . والسر في ذلك أن هذا القانون منع زواج المجنون والمجنونة إلا إذا وجدت ضرورة فيزوج بأذن الحاكم - م ٩ .

فإذا أقدمت المرأة على الزواج بمجنون فقد رضيت بذلك ورضاها بالميب سقط لحقها في الخيار .

ثم إنه جعل الخيار للزوجة على التراخي . فلها التأخير في الدعوى أو تركها مدة بعد إقالتها - م ١٢٤ .

ولقد نص على أنه إذا جدد الطرفان العقد بعد التفريق بموجب أي عيب من العيوب السابقة فليس للزوجة حق الخيار في الزواج الثاني م ١٢٥ .

لأن الأقدام على الزواج الثاني يعتبر رضا من الزوجة بالعيب في الزوج والرضا بالعيب بعد العلم به يسقط حق الخيار ، والقانون أخذ بمذهب المالكية في النوع الثاني من العيوب ، وكل تفريق بالعيب يعتبر طلاقاً بائناً كذهب الحنفية والمالكية م ١٣١ .

هذا ما تسير عليه المحاكم السنية .

أما المحاكم الجعفرية فتسير على المذهب الجعفري<sup>(١)</sup> الذي يجعل للزوجة حق الفسخ بأحد عيوب أربعة في الزوج . جنونه سواء كان دائماً أو متقطعاً على الراجح كان قبل العقد أو بعده ، وخصاؤه وعنته وجبه بشرط ألا يبقى له ما يمكنه من المخالطة ، وفي هذه يفسخ إذا كانت قبل العقد بلا خلاف ، فإن كانت بعد العقد والدخول فلا فسخ أيضاً بلا خلاف ، أما إذا وجدت بعد العقد وقبل الدخول ففيها رأيان أظهرهما أنه لا فسخ كما جعل للرجل الفسخ بأحد عيوب سبعة في المرأة : الجنون والبرص والجذام والقرن والأغضاء والعصى والعرج الواضحين . وزاد بعضهم الرتق إذا منع من المخالطة أصلاً إذا لم يمكن إزالته أو أمكن وامتنعت عن علاجه .

وقالوا : يجوز للرجل الفسخ من دون إذن الحاكم وكذا المرأة غير أنها في العتق لا بد من أن ترفع أمرها إلى الحاكم لضرب الأجل فإذا انتهى الأجل ولم يصل إليها كان لها التفرد بالتفريق بدون الرجوع إلى الحاكم مرة أخرى ، فإن وصل إليها أو إلى غيرها فلا خيار لها ويصدق إذا حلف على ذلك ، وإذا اختلفا في العيب فالقول قول المتكرر مع يمينه إذا لم تكن للمدعي بينة .

---

(١) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٠ وما بعدها .





## الفصل الثالث

### في التفريق للضرر

يراد بالضرر هنا ما يلحقه الزوج بزوجه من أنواع الأذى التي لا تستقيم معها العشرة الزوجية كضربه إياها ضرباً مبرحاً وشتماً شتماً مقنعاً ، وإكراهها على فعل ما حرم الله ، وهجرها لغير التأديب مع إقامته في بلد واحد معها أو أخذ مالها وما شاكل ذلك .

فإذا حدث ذلك فهل للزوجة أن تطلب التفريق أو لا ؟

اختلف الفقهاء في ذلك بناء على اختلافهم في المراد بآية بحث الحكمين وضعة بعض الآثار عن فقهاء الصحابة .

فذهب الحنفية والجمعونية والشافعية في أحد قوليه وأحمد في إحدى الروايتين عنه إلى أنه ليس لها طلب التفريق ، لأن الحياة الزوجية لا تخلو من ذلك عادة . فعليها أن تطلب من القاضي زجره ليمتنع عن ذلك أو تمزيه بما يراه رادعاً له إن لم يمتنع ، فإن اشتد النزاع وخيف وقوع الشقاق بينها بحث القاضي حكمين ليقوما بالأصلاح بينها عملاً بقوله تعالى : « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان علماً خبيراً » النساء - ٣٥ .

قالوا : إن هذه الآلة قصرت عمل الحكمين على محاولة الإصلاح بين الزوجين ولم تجعل لهما حق التفريق ، فيبقى هذا على الأصل للزوج وحده إلا إذا وكلهما بذلك حيث لا كتاب ولا سنة ولا أثر يدل على ثبوت هذا الحق لغيره .

وذهب المالكية والأوزاعي والشافعي في قوله الآخر وأحمد في الرواية الأخرى إلى أن لها الحق في طلب التفريق ، وليس في الآلة ما يمنع ذلك ، بل من يعمن النظر فيها يحدها جعلت لهما هذا الحق ، لأن الله سماهما حكمين وجعل حق بعثهما لغير الزوجين قليلا مجرد وكيلين إذ لو أراد ذلك لقال : « فابعثوا وكيلاه عنه ووكيلاه عنها ولما قصرهما على أهله وأهلها ، لأن الموكل له أن يوكل عنه من يشاء ، وإذا كانا حكمين فهما بمعنى الحاكمين فيثبت لهما حق الحكم ولا حكم هنا إلا بالتفريق إذا تمذر الإصلاح . وقد ثبت أن عثمان أرسل حكمين وقال لهما : إن رأيتم أن تفرقا ففرقا .

وكذلك روي عن علي أنه بعث حكمين بين زوجين وقال لهما : عليكما إن رأيتم أن تجمعما فاجعما وإن رأيتم أن تفرقا ففرقا .

وروي عن ابن عباس أنه قال في الحكمين : فإن اجتمع أمرهما علي أن يفرقا أو يجمعما فأمرهما جائز .

وتفصيل منهج المالكية - الذي أخذ به القانون - في ذلك

أن للمرأة أن تطلب من القاضي التفريق إذا أساء الزوج معاملتها فإن ثبت دعواها بإقرار الزوج أو بشهادة رجلين ولو بسماعها من اطران فرق للقاضي بينهما .

وإن لم تستطع إثباتها رفض دعواها ، فإن تكررت شكواها بعث القاضي حكمين للإصلاح بينهما ، ويشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين رشدين عالين بالمطلوب منها شرعا في هذه المهمة ، ويكون أحدهما من أهله والآخر من

أهلها إن أمكن ، فإن لم يجد من أهلها من يصلح لذلك بعث حكيمين أجنيين  
من لهم صلة بالزوجين .

فإذا توصل الحكيمان إلى الصلح بينها انتهت المسألة ، وإن لم يستطعا ذلك  
فإن كان الزوج هو المسيء أو الأكثر إساءة فارق الحكيمان بينها بدون عوض ،  
وإن كانت الزوجة هي المسيئة أو أكثر إساءة فيها فخير إن بين الإبقاء على الزوجين  
وأمر الزوج بالصبر وحسن المعاملة وبين خلع المرأة منه في نظير عوض ، وإن  
كانت الإساءة منهما على السواء كان لهما أن يفرقا بدون عوض أو يخلعاها بعوض  
يسير ، ويقع بهذا التفريق طلاق بائن

#### المعمول به من الرايين

في مصر كان المصل بمذهب أبي حنيفة لا تفريق بين الزوجين بهذا السبب  
حتى صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فمحو التطلق للضرر أخذاً بمذهب  
الأمام مالك . جاء ذلك في ست مواد من ٦ - ١١ وهي تنص على الآتي :

م ٦ - إذا ادعت الزوجة لإضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة  
بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق ، وحينئذ يطلعا القاضي  
طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما ، فإذا رفض الطلب ثم تكررت  
الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكيمين وقضى على الوجه المبين بالمواد  
٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ .

م ٧ - يشترط في الحكيمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن  
أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بمجالها وقدرة على الإصلاح بينها .

م ٨ - على الحكيمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما  
في الإصلاح فإن أمكن على طريقة معينة قرراها .

م ٩ - إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وكانت الأساءة من الزوج أو منها أو جهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة .

م ١٠ - إذا اختلف الحكمان أمرهما القاضي بمعاودة البحث فإن استمر الخلاف بينها حكم غيرها .

م ١١ - على الحكمين أن يرفعا إلى القاضي ما يقررانه وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه .

فقد بينت هذه المواد أن المرأة إذا ادعت أن زوجها يلحق بها ضرراً لا يستطاع معه دوام العشرة وأثبتته ، وطلبت التفريق بينها وبين زوجها استجاب لها القاضي وفرق بينها بطلقة بائنة إذا لم يستطع الإصلاح بينها .

فإذا لم تثبت دعواها رفضها ، فإن تكررت شكواها بعث حكمين رجل من أهلها وآخر من أهل إن أمكن ، فإن لم يوجد من أهلها من يصلح لذلك بعث حكمين من غيرهم ممن لهم خبرة بحالها وعندهما أهلية للقيام بهذا الأمر .

فإذا قام الحكمان بمهمتهما وتوصلا إلى الإصلاح على أي وجه قرراه ، وإن عجزا عن الإصلاح وكانت الأساءة من الزوج أو منها أو جهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة ورفعا الأمر إلى القاضي ليحكم بمقتضاه .

وإن اختلف الحكمان أمرهما بمعاودة البحث فإن استمر الخلاف بينها حكم غيرها . وأنت ترى أنه أقر مبدأ التفريق ولكنه بناء على أن تكون الأساءة من الزوجين أو من الزوج وحده أو جهل مصدرها ، ولم يعرض لما إذا كانت الأساءة من قبل الزوجة وحدها ، بل تركها عمدا دفعا لفسدة تقرت عليها صرح بها المذكرة الأيضاحية بقولها : « لئلا يكون اعتبارها داعيا إلى إغراء المرأة المشاكسة لفصم عروة الزوجية بلا مبرر » .

ولكننا نرى أن ترك المرأة المشاكسة بدون تفريق ليس فيه محافظة على

الحياة الزوجية . بل قد يؤدي إلى العكس ، لأنها تستمر في فعلها لأنها تعلم أن الزوج سيضطر آخر الأمر إلى تطليقها بدون عوض .

ولو أخذ القانون بمذهب مالك في هذه الحالة وجعل للحكمين حق التفريق بالخلع لتعويض الزوج عما بذل من مال لكان في ذلك قطع الطريق على من يتخذ من النساء مضارة الأزواج وسيلة إلى الفراق بالطلاق بدون عوض .

ويلاحظ أن القانون لم يأخذ بمذهب مالك حرقياً الذي يجعل للحكمين حق التفريق بدون الرجوع للقاضي ، بل جعل هذا الحق للقاضي بناء على اقتراحها ، وهذا فيه احتياط حيث يجعل للقاضي فرصة لمناقشة الحكمين في قرارهما مما يؤدي إلى تعديله لمصلحة الحياة الزوجية .

أما في لبنان : فالحاكم الجمعوية تطبق المذهب الجمعوي وهو لا يميز التفريق بهذا الضرر ، بل على القاضي أن يمزعه متى ثبت أنه يضارها ، وإذا وقم النزاع بين الزوجين وأدى إلى الشقاق ورفع أمره إلى الحاكم عين حكمين عدلين لبحث أمرها والعمل على إصلاح ذات البين بينها ، فإن عجزا عن الإصلاح لم يكن لها حق التفريق إلا بوكالة من الزوجين كذهب الحنفية .

والمحاكم السنية تسير على مقتضى قانون حقوق العائلة الذي قرر في المادة ١٢٠ — أنه إذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين وراجع أحدهما الحاكم فالحاكم يعين من عائلة الطرفين حكماً وإذا لم يجد من عائلة الطرفين أو من أحدهما من يصلح للحكم عين من يناسبهم من الخارج ، وعلى الحكمين أن يبعثا النزاع وأسبابه ويبحثا في الإصلاح ، فإذا لم يتمكنوا من الإصلاح فإن كان سبب النزاع من جهة الزوج فرق الحاكم بينها ، وإن كان من جهة الزوجة جاز لها الخالعة على تمام المهر أو على قسم منه ، وإذا لم يتفق الحكمين فالحاكم يعين هيئة أخرى أو يعين حكماً ثالثاً ليس له قرابة للطرفين .

ثم نصت على أن حكم المحكمين قطعي وغير قابل للاعتراض . وقد نصت المادة - ١٣١ - على أن الطلاق في هذه الحالة بائن .

فالقانون في ذلك أخذ بمذهب مالك في الجملة ، ولكنه لم يعرض لكل الحالات ، بل اقتصر على حالتين حالة ما إذا كان المتسبب في النزاع هو الزوج ، وحالة ما إذا كانت الزوجة هي السبب وفي كل منها يكون التفريق طلاقاً بائناً .

كما يلاحظ أنه جعل لكل من الزوجين حق طلب التفريق كما في المذهب المالكي بينما نراه في التفريق بالميب يقصر الحق على الزوجة وإن توسع في العيوب أخذاً من المذاهب الأخرى .

## الفصل الرابع

### في التفريق لفهمة الزوج

إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تنضرو بها وتحشى على نفسها الفتنة فطلبت من القاضي التفريق بينها وبين زوجها فهل تجاب إلى طلبها ؟

ذهب الحنفية والشافعية والجلطرية<sup>(١)</sup> وغيرهم إلى أنه لا يحق لها هذا الطلب ولا تجاب لطلبها لعدم وجود ما يصلح سبباً للتفريق في نظرهم .

وذهب المالكية والحنابلة إلى جواز التفريق بالغيبة إذا طالحت حتى ولو ترك لها زوجها ما لا تنفق منه ، ولكنهم اختلفوا في حد الغيبة الطويلة . فحدها

---

(١) ومنهم من لا يملك مكانه يتلخص في أنه إن كان له مال تنفق منه أو له ولي ينفق عليها أو وجد مشرع بالنفقة وجب عليها الصبر والانتظار حتى تعلم حياته أو موته ، وإن لم يكن له مال ولم يوجد أحد ينفق عليها أجلها القاضي أربع سنوات إذا رفعت أمراً إليه وبحث عنه فإن لم يتبين له وجود أمر وليه أو وكيله بطلاقها فإن لم يكن له أحد ما طلقها القاضي . وتمتد عدة الرقاة ، وهذا الطلاق ليس بمرء الغيبة بل لا تقطاع الأصل في حياته . فقه الإمام جعفر ج ٦ ص ٤٣ ، ص ٤٤ .

الحنابلة بسنة أشهر استنادا إلى ما روي عن عمر في قصة المرأة التي تضررت من غياب زوجها في الغزو وسمها عمر في إحدى الليالي تشكو منشدتين من الشعر<sup>(١)</sup> وسأل ابنته حفصة عن المدة التي تصبر فيها المرأة عن زوجها فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر .

وحدها المالكية في الراجح عندهم بسنة وقيل بثلاث سنين .

كما اختلفوا في تلك الغيبة هل هي التي تكون بغير عذر كما يرى الحنابلة أو مطلقاً بعذر وبغير عذر كما يرى المالكية ، لأن المرأة تتضرر بها في الحالتين ، والمقصود بالتفريق رفع الضرر عنها ، واتفقوا على أن الغيبة إذا كانت بعيدة لا يمكن وصول الرسائل إليه أو يمكن بعد زمن طويل موجبة للتفريق في الحال بدون إعدار ولا إمهال .

وإن كانت قريبة فلا يصح التفريق إلا بعد الأعذار إليه بأن يقدم أو ينقل امرأته إليه أو يطلق فإن فعل وإلا فرق بينها بعد أن يترتب مدة باجتهاده رجاء عودته .

وهذا التفريق طلاق بائن عند مالك ، وفسخ عند الحنابلة لأنها لم تصدر من الزوج ولا بتفويض منه .

وقد كان العمل بمصر يجري على مذهب الحنفية لا تفريق بالغيبة مهما طال إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، فعدل عن مذهب الحنفية وأخذ بحكم ملحق من مذهبي المالكية والحنابلة جاء ذلك في مادتي ١٢ - ١٣ ونصها :

---

(١) تطاول هذا الليل واسود جانباه وطال علي ألا خليل إلا عيبه والله فلا خشية الله وحده لحرك من هذا السور جوانبه



م ١٢ - إذا غاب الزوج سنة<sup>(١)</sup> فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها منه إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الاتفاق منه .

م ١٣ - إذا أمكن وصول الرسائل إلى العائث ضرب له القاضي أجلاً وأعذر إليه بأن يطلقها عليه إن لم يحضر للأقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها ، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يدع عذراً مقبولاً فرق القاضي بينها بتطليقة بائنة ، وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى العائث طلقها القاضي عليه بلا إعدار . وضرب أجل .

والمراد بالغبية كما جاء بالذاكرة الأيضاحية غيبة الزوج عن زوجته بأقامته في بلد آخر غير التي تعيش فيه ، وأما الغيبة عن بيت الزوجية وعيشه في بيت آخر في نفس البلد فهو من الأحوال التي تدخل في الضرر .

وعلت تلك المذكرة المدول عن مذهب الحنفية إلى مذهب مالك . بأن مقام الزوجة وزوجها بعيد عنها زمناً طويلاً مع محافظتها على العفة والشرف أمر لا تحتمله الطبيعة البشرية في الأعم الأغلب وإن ترك لها الزوج مالا تستطيع الاتفاق منه .

وإذا كانت هذه حلة المدول فهي متعلقة أيضاً في الشباب بعذر ولا يشذ عنه إلا النادر فلم يعمم القانون الحكم للحالين ما كانت بعذر وبغير عذر . كما هو مذهب مالك الذي صرح المذكرة بأن الحكم مأخوذ منه ؟

ويمكننا تعليل هذه التفرقة : بأن الغيبة إذا كانت بعذر يلحق المرأة

---

(١) المراد بالسنة هنا هي الشمسية التي عدد أيامها ٣٦٥ يوماً . لما جاء في المادة ٢٣ من هذا القانون . أن المراد بالسنة في المواد من ١٢ - ١٨ هي السنة التي عدد أيامها ٣٦٥ يوماً .

فيها الضرر من غير فائدة تفود عليها أو على الحياة الزوجية فلا يكون للمرأة ما يحملها على الصبر ، وأما الغيبة بعذر كالسفر للتجارة أو للعمل أو لطلب العلم مثلاً ففيها من الفائدة التي تعود على الحياة الزوجية المستقبلية ، فعلى المرأة أن تتحمل قسطاً من أعباء تلك الحياة لبناء مستقبل الأسرة فاستحق بذلك زوجها الرحمة والرفقة فلا يسمع لزوجته طلب التفريق .

ولا أدل على ذلك من أن هذا القانون جعل لزوجات المسجون بعد مضي سنة على سجنه أن تطلب التفريق وإن كان له عذر في غيبته بحيث لا اختيار له في هذا السجن لأنه بارتكابه ما أوجب سجنه لا يستحق شفقة ولا رحمة ، بل يجب أن يعامل بشدة . على أن سجنه لا يعود على الحياة الزوجية بفائدة بل قد يكون سبباً في شقاءها في المستقبل .

هذا هو المعمول به في مصر . أما في لبنان فقانون حقوق العائلة يعرض لحكم غيبة الزوج في المادتين ١٢٦ ، ١٢٧ ، فيفترق أولاً بين غيبة الزوج الذي لم يترك لزوجته ما تنفق منه وتمنر تحصيل النفقة وبين ما إذا غاب وترك ما لا من جنس النفقة ، فإذا طلبت التفريق في الحالة الأولى حكم به بعد إجراءات التحقيقات اللازمة بدون تأجيل .

وظاهر أن التفريق هنا لعدم الاتفاق كما أشيرنا إلى ذلك من قبل .

وإذا طلبته في الحالة الثانية فإن القاضي بعد إجراء التحقيقات اللازمة ويأخذ من معرفة مكانه لا يفرق في الحال بل بعد فترة من الزمن قدرت بسنة في الغيبة في المعاربة من بعد عودة الطرفين المتعاربين وأسراهم لمحللتهم ، وأربع سنوات في الأحوال العادية تبدأ من تاريخ اليأس من وجوده .

فإذا لم يعرف مكانه في تلك المدة وأصررت الزوجة على طلبها يفرق بينها

بطلقة بائنة وتمتد المرأة في كلا الحالتين عدة الوفاة اعتباراً من تاريخ  
الحكم م ١٢٧ .

فلو تزوجت بعد انقضاء عدتها ثم ظهر زوجها الأول لا يفسخ هذا  
الزواج الثاني م ١٢٨ ، لأن الزواج الأول انتهى بالطلاق الذي أوقمه القاضي ،  
وعدة الوفاة كانت للاحتياط فقط ، أما لو حكم بوفاته ثم تزوجت بآخر ثم  
تحققت حياة زوجها الأول انفسخ الزواج الثاني م ١٢٩ ، لأن الزواج الثاني  
جاء على أساس أن الأول انتهى بوفاة الأول وظهر أن هذا الأساس غير صحيح  
وأن الزواج الأول لا زال باقياً .



## الفصل الخامس

### في التفريق لحبس الزوج

يرى الحنفية والشافعية والجمعونية أنه لا يفرق بين الزوج وزوجته بسبب حبسه مها طال، والمالكية والحنابلة الذين يرون التفريق لفية الزوج لم يصرحوا بالتفريق لحبس الزوج.

ولم يصرح بذلك إلا ابن تيمية من الحنابلة في فتاويه<sup>(١)</sup>، ولكن المذهب المالكي صرح بأن لزوجة الأسير الحق في طلب التفريق لأن مناط التفريق عندهم هو بعد الزوج عن زوجته سواء كان باختياره أو قهراً عنه كما في الأسير، لأن الضرر يلحق الزوجة من هذا البعد. وهذا المعنى متحقق في زوجة المحبوس.

لذلك أخذ القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بهذا فنصت مادته الرابعة عشرة على أن: « لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بقبوقة مقيدة للحرية مدة

---

(١) فيقول في باب عشرة النساء: « القول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما بما يشمل انتفاع امرأته به إذا طلبت فراقته كالقول في امرأة المفقود ».

ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بآثاء للضرر ولو كان له مال تستطيع الاتفاق منه .

فإذا تحققت الشروط الموجودة في هذه المادة كان للزوجة طلب التفريق وعلى القاضي أن يجيبها إلى طلبها إذا ما أثبتت دعواها دفعا للضرر عنها .

وإنما شرط لجواز طلب التفريق أن يكون بعد مضي سنة من تاريخ حبسه لأن جواز الطلب للتفريق هنا لفية الزوج عنها في واقع الأمر ، وفي الغيبة لا يجوز لها الطلب إلا بعد مضي سنة ليتحقق الضرر وهو الاستيحاش لبعده .

وحينئذ يكون الحكم بالتفريق مبنياً على الضرر الواقع عليها بالفعل لا على الضرر المتوقع من الحبس .

وقانون حقوق المائلة لم يعرض لمسألة حبس الزوج ، فهل يرجع إلى المذهب الحنفي لأنه المرجع في كل ما سكت عنه القانون ، أو يرجع للمذهب الحنبلي الذي أخذ منه القانون حكم التفريق للغيبة ؟

الظاهر أنه يرجع للمذهب الحنفي ، لأن التفريق للغيبة في نظر القانون ليس مبنياً على مجرد الغيبة وبعد الزوج عن زوجته بل لعدم معرفة مكانه .

أما المذهب الجعفري فالرأي الغالب عندهم أنه لا تفريق بالحبس ، ولكن بعض علمائهم جوز ذلك ، يقول السيد كاظم في ملحقات العروة الوثقى : ولا يبعد جواز طلاق الزوجة للعالم الشرعي إذا علم أن زوجها محبوس في مكان لا يمكن مجيئه أبداً (١) .

---

(١) الأحوال الشخصية للشيخ محمد جواد مفنية ص ١٦٨ ، ص ١٦٩ .

# البَابُ الثَّالِثُ

في  
الملك والأهل والظهار

وفيه فصول





# الفصل الأول

في اللعان<sup>(١)</sup>

وفيه مبحثان

## المبحث الأول

في التصريف به وكيفية وشروطه والامتناع عنه

اللعان مصدر لاعن من اللعن وهو الطرد والأبعاد من رحمة الله تعالى .

وفي الاصطلاح : اسم لما يجري بين الزوجين من الشهادات بالألفاظ المعروفة مقرونة باللعن من جانب الزوج والنضب من جانب الزوجة<sup>(٢)</sup> .

---

(١) من مراجع هذا البحث . نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٢٦ ؛ فتح القدير ج ٣ ص ٢٤٧ وما بعدها ، الشرح الكبير مع حاشية النسوتي ج ٢ ص ٤٥٧ وما بعدها ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٠ وما بعدها ، منهاج الطالبين ج ٤ ص ٣٢ وما بعدها ، كشاف الفتاوى ج ٥ ص ٣٨٩ وما بعدها ، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٨٧ وما بعدها .

(٢) سمي بذلك لوجود لفظ اللعن في خاصة الزوج ولم يسم بالنضب لأن اللعن أسبق منه والسبق من أسباب الترجيح ، ولأن لعانه قد ينكح من لعانها ولا عكس . فتح القدير ج ٣ ص ٢٤٧ .

وقد شرع الله الحد لمن يقذف امرأة محصنة<sup>(١)</sup> بالزنى ولم يثبت دعواه بشهادة أربعة شهود زجرأله ولأمثاله عن انتهاك أعراض المفيئات . فيجلد ثمانون جلدة بقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون »  
النور - ٤ .

وكان هذا هو الواجب في قذف كل محصنة ولو كانت زوجة ، ولكن الله خفف عن الأزواج ورفع الحرج عنهم بشرعية اللعان في حق من قذف زوجته بقوله تعالى : « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاد إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ويدركها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين »  
النور ص ٦ - ٨ .

فلما نزلت هذه الآيات أقام رسول الله ﷺ اللعان بين زوجين اتهم الزوج زوجته بالزنى مع شخص معين بعد أن وعظها وبين لها أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة لأن أحدهما كاذب بيقين ، فصار ذلك هو الحكم المقرر فيها إذا اتهم الزوج زوجته بالزنى أو نفى نسب ولدها إليه ولم تكن له بينة على دعواه ولم تصدقه الزوجة وطلبت إقامة حد القذف عليه .

#### كيفية اللعان :

طريقة اللعان بعد حدوث سببه كما جاء في الآيات السابقة أن يأمر القاضي الزوج بملاعتها بأن يقول : أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميت به فلانة هذه ويشير إليها إن كانت حاضرة ، وإن لم تكن حاضرة بالمجلس سماها ونسبها بما تتميز

(١) المحصنة : هي المرأة البالغة المقتة الطيبة عن الزنى .

به ، ويكرر ذلك أربع مرات وفي الخامسة يقول : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنى أو نفى الولد حسب موضوع الدعوى .

فإذا انتهى أمر الزوجة بملاعنته فتقول : أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنى أو نفى الولد حسبما جاء في دعواه ، وتكرر ذلك أربع مرات ، ثم تقول في الخامسة : <sup>(١)</sup> غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به ، ويكون ذلك بحضرة جماعة من الرجال أقلهم أربعة لأنه بينة على الزنى .

وإنما وجب الابتداء بالرجل لأنه المدعي فيبنته بينة لإثبات وبيلتها بينة إنكار لأنها منكورة ، وإنما كانت أربع شهادات لأن الزنى لا يثبت إلا إذا شهد عليه أربعة من الرجال أو أقربيه صاحبه أربع مرات ، فكانت هذه الشهادات منه قائمة مقام شهادة الشهود الأربعة .

فإذا فعل ذلك سقط عنه حد القذف ، وإذا عارضته بشهادتها سقط عنها حد الزنى .

### حكم الامتناع عن الملاعنة بعد وجود سببها :

إذا امتنع الرجل عن الملاعنة بعد اتهامه زوجته بالزنى أو بنفي ولدها حسبه القاضي حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيقام عليه حد القذف عند الحنفية .

ويذهب الأئمة الثلاثة والجمهورية إلى أنه يقام عليه حد القذف بمجرد امتناعه .

---

(١) يلاحظ أن النص السابق بينا جمل دعاء الرجل على نفسه لعنة الله جمل دعاء المرأة على نفسها غضب الله عليها . والنصب أشد من اللعن ، لأن اللعن طرد من الرحمة والغضب سخط الله وإزالة مقته وعذابه بالفضوب عليه ، لأن جرعة المرأة هنا أشد من جرعة الرجل ، ولأن المرأة تكثر من اللعن كما جاء في الحديث في وصف النساء : « يكثرن اللعن ويكفرن المشير » فلا يهتم به لو أمرت بالدعاء عليها باللعن .

وسبب هذا الاختلاف هو اختلافهم في الموجب الأصلي لقذف الزوج زوجته .

فالحنفية يرون أن موجب اللعان لأن قوله تعالى : « فشهاده أحدم » معناه فالواجب شهادة أحدهم ، وهذا يفيد أن الواجب في قذف الزوجات اللعان فلا يجب غيره إذا لم يوجد ، ثم قالوا إن آيات اللعان نسخت آية القذف في حق الأزواج أو خصصتها بغير الأزواج ، والجمهور يذهبون إلى أن الموجب الأصلي لقذف الزوجات هو حد القذف واللعان مسقط له ، لأن آية القذف عامة في حكمها لكل قاذف زوجاً كان أو غير زوج وجبأت آيات اللعان تخفة عن الأزواج فجعلت لهم طريقاً لرفع الحد عنهم باللعان ، فإذا امتنع عن اللعان ثبت الموجب الأصلي وهو الحد ، ويدل لهذا أن الرسول قال لطلال بن أمية - لما قذف زوجته بالزنى مع شريك بن شعباء - « البينة أو حد في ظهرك » ، وعند ما نزلت آية اللعان وجاء يلاعن<sup>(١)</sup> قال له الرسول : « عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة » ، ولولم تكن الحد بهذا القذف واجباً لما كان هذا القول مضمناً .

ولأن الزوج لو أكذب نفسه أقيم عليه الحد بالاتفاق .

ويبدو أن رأي الجمهور هنا أرجح من رأي الحنفية .

وإذا امتنعت الزوجة عن اللعان بعد أن لاعنها الزوج حبست عند الحنفية حتى تلاعن أو تصدق الزوج فيما ادعاه ، فإن صدقته لا تحد حد الزنى حتى تقر صريحاً أربع مرات ، لأن تصديقها ليس إقراراً بالزنى قصداً ، ولأنها لو

---

(١) وهو أول لعان وقع في الإسلام ولم يقع بعده لعان إلا في زمن عمر بن عبد العزيز .  
حاشية الفقيه على شرح المنهاج ج ٤ ص ٢٨ .

أقوت بالزنى ثم رجعت عن إقرارها لم تحسد . ووافقهم الحنابلة في ذلك <sup>(١)</sup> .

وذهب المالكية والشافعية والجمهورية إلى أنها إذا امتنعت عن اللعان يقام عليها حد الزنى وهو الرجم ، لأن الواجب الأصلي هو الحد واللعان يدرأ عنها الحد لقوله تعالى : « ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله » فقد جعلت الشهادات وهي اللعان من جانتها دافعا عنها العذاب وهذا العذاب هو الحد المصرح به في قوله تعالى : « وليشهد عذابها طائفة من المؤمنين » .

#### شروط اللعان :

لا يجب للمان إلا بعد قذف الزوج ومطالبة الزوجة بموجب القذف أمام القاضي وتوفر الشروط الآتية :

١ - أن تكون الزوجية الصحيحة قائمة بينها حقيقة أو حكما عند القذف سواء أضاف الزوج الزنى إلى زمن الزوجية أو قبلها عند الحنفية ، لأن العبارة عندهم بالوقت الذي وقع فيه القذف سواء كان القذف قبل الدخول أو بعده .

وذهب الجمهور والجمهورية إلى أن الشرط أن يضيف القذف إلى زمن الزوجية فلو أضافه إلى ما قبل الزواج لا يلاعن ويقام عليه حد القذف <sup>(٢)</sup> ، لأن العبارة عندهم بالوقت الذي يضيف إليه الزنى فلا بد أن يكون حال قيام الزوجية .

فلو كان الزواج فاسدا لا يلاعن لأن الزوجة فيه تعتبر كالأجنبية ويقام عليه

---

(١) ففي كشف القناع ج ٥ ص ٤٠٠ وإن لاهن الزوج ونكلت الزوجة عن اللعان فلا حد عليها لأن زناها لم يثبت لأن الحد يدرأ الشبهة وجبت حتى تقرر أريما أو تزعم .

(٢) الشرح الكبير ج ٢ ص ٤٥٨ . منهاج الطالبين ج ٤ ص ٣٩ . كشف القناع ج ٥ ص ٣٩٥ . استثنى الشافعية سورة ما إذا كان القذف بنفي الولد فإنه يلاعن ولو أضاف الزنى إلى . . .

سد القذف إذا كانت المتذوقة عفيفة .

ونهب الشافعية والحنابلة إلى أنه يلاعن في الزواج الفاسد إذا كان القذف  
بنفي الولد لأن الرجل مضطر إلى نفي نسب هذا الولد ولا طريق له إلا  
باللعان .

٢ - أن يكون كل من الزوجين أهلاً للشهادة على المسلم بأن يكون كل  
منهما مسلماً بالغاً عاقلاً حراً قادراً على النطق غير محدود في قذف ، فإذا تخلف  
قيد من ذلك لا يقام بينها اللعان . وهذا عند الحنفية ، لأن اللعان عندهم  
شهادات<sup>(١)</sup> مؤكدة بالآيان . حيث سميت الآية الأزواج شهداء وسمت ملاعتهم  
شهادات . وجعلها كشهادة الزنى في العدد .

وشرط الجعفرية البلوغ والعقل في الزوجين ، وزادوا في الزوجة السلامة من  
الصمم والخرس وأجازوا لعان الأخرس بإشارته المعقولة .

ولم يشارطوا الإسلام ولا الحرية ولا عدم الحد في قذف على الأصح عندهم<sup>(٢)</sup> .

(١) وعند الأئمة الثلاثة هي أيمان بلفظ الشهادة فيشترط فيه أن يكون كل منها  
أهلاً لليمين والزوج أهلاً لطلاق فصححوا اللعان من كل زوجين سواء كلا مسلمين أو  
كافرين ، عدلين أو فاسقين محددين في قذف أو لا ما دامت الزوجة محصنة يحذر قاذفها  
ودليلهم على ذلك أنه يذكر فيه اسم الله ويجب تكراره والمعروف في الشهادة أنها  
لا تكرور لكن القسم قد يكرر كما في القسامة ، ولأنه يكون من الجانبين والشهادة  
تكون من جانب واحد ، وتسميته شهادة باعتبار قول كل منها أشهد ، ولأن الرسول  
قال بعد أن ولدت امرأة هلال بن أمية: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن» .

قال الشوكاني في نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٢٢ بعد أن حمى عن صاحب الفقه إقروا  
لثلاثة أن اللعان شهادة فيها شائبة يمين والمكسب ، وأنه ليس بيمين ولا شهادة قال :  
والقي محرر لي أنها من حيث الجزم بنفي الكذب وإثبات الصدق يمين لكن أطلق  
عليها شهادة لاشتراط أن لا يكتفي في ذلك بالظن بل لا بد من وجوه علم كل  
منها بالأمور هنا يصح منه أن يشهد .

(٢) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٨٨ .

٣ - ألا يقيم الزوج بينة على ما اعداد بالاتفاق ، فلو أقام بينة وجب عليها  
الحمد ولا لعان ، لأن اللعان حجة ضيقة فلا تقاوم بالبينة .

وزاد الجعفرية على ذلك أن يدعى مع الزنا مشاهدته ، فلو لم يدع المشاهدة  
فلا لعان .

٤ - أن تكون الزوجة عفيفة عن الزنى ، وجوز الجعفرية لعان الزوجة  
غير العفيفة على نفى الولد خاصة .

٥ - أن تنكر الزوجة ما رماها به زوجها .

### المبحث الثاني

#### في الآثار المترتبة على اللعان :

إذا توافرت شروط اللعان ووقع أمام القاضي وتب عليه الآثار الآتية :

١ - سقوط الحد عنها .

٢ - يحرم بمجرد اللعان استمتاع كل من الزوجين بالآخر حتى قبل تفريق  
القاضي بينها .

٣ . تقع الفرقة بين الزوجين بالاتفاق . غير أنهم اختلفوا في وقوعها . هل  
تقع بمجرد اللعان ولا تتوقف على تفريق القاضي أو لا تقع إلا بتفريقه ؟

فذهب أبو حنيفة وصاحبه إلى أنها لا تقع إلا بتفريق القاضي ، فلو تلاعنا  
وتأخر تفريق القاضي كانت الزوجية باقية بينها في بعض الأحكام ، فلو مات  
أحدهما ورثه الآخر ، ولو طلقها وقع عليها الطلاق ، ولو أكذب نفسه حلت

له من غير تجديد عقد الزواج ، واستدلوا بما روي عن ابن عباس في قصة التلاعنين : « ففروا رسول الله ﷺ بينها ، وهذا يفيد أن التفريق حصل بفعل رسول الله لا قبله .

وذهب مالك وأحمد في إحدى الروايتين عنه وزفر من الحنفية والشافعية إلى أن الفرقة تقع بمجرد الملاءنة ، وحكم القاضي منفذ لها ، لأن سبب الفرقة هو اللعان وقد وجد ولولاه ما وقعت ، وقول ابن عباس السابق ليس نصاً في إنشاء الفرقة بل يحتمل ذلك ويحتمل أنه إعلام لها أنها أو تنفيذها حساً بينها ، ومع الاحتمال لا يدل على توقف الفرقة على حكم القاضي .

وإذا وقعت الفرقة بينها اعتبرت طلاقاً بائناً عند أبي حنيفة ومحمد (١) ، تحسب من عدد الطلقات لأن سبب الفرقة جاء من جانب الرجل لأنه المتسبب فيها ، فلا يحل له أن يتزوجها قبل أن يكذب نفسه أو تصدقه في دعواه أو يكون من أحدهما ما يخرج به عن أهلية الشهادة . كان يقذف أحدهما غيره فيبعد به أو يرتد عن الإسلام ، لأن تكذيبه لنفسه يعتبر رجوعاً عن الشهادة ، والشهادة لا حكم لها بعد الرجوع عنها وحينئذ يحسد القذف ويثبت نسب الولد فيه إن كان القذف لنفسه ، ويتصدقها له يرتفع نيب اللعان أيضاً ، لكنها لا تحسد الزنى إلا إذا أقوت أربع مرات . كما قدمنا .

وذهب أبو يوسف والأئمة الثلاثة والشافعية إلى أن الفرقة باللعان تكون فسخاً لا طلاقاً لأنها فرقة مؤبدة كحرمة الرضاع فلا يمكنها إعادة الزواج بينها حتى ولو أكذب نفسه أو صدقته الزوجة لحديث « المتلاعنان لا يجتمعان أبداً » .

ولأن سبب التفريق وهو اللعان قد وجد ، وتكذيبه نفسه أو تصديقها له

(١) وهو المعمول به في مصر الآن لأن القافون لم يعرض له بل أن مذكروه الأفضحية نصت على أن فراق اللعان وإنهاء أحد الزوجين الإسلام يأن على حكمه في مذهب الحنفية .



لا ينبغي وجوده فيبقى حكمه (١١) ، ولأنه لو كان صادقاً في اتهامه لها فلا ينبغي له أن يرجع إلى معاشره زوج بنى ، وإن كان كاذباً فقد أساء إليها إساءة بالغة فلا يمكن من معاشرتها بعد ذلك .

٣ - إذا كان اللعان بنفي الولد ينتفي نسبه منه ويلحق بأمه فيكون أجنبياً في بعض الأحكام كالنورات والنفقة ، فلا توارث بينهما إذا مات أحدهما ، كما لا يرث الولد قرابة أبيه وإنما ترثه أمه وأقرباؤها ، ولا تجب لأحدهما نفقة على الآخر ، لأن كلا منهما لا يثبت إلا بسبب متيقن .

وبقى أحكام البنوة في الأحكام الأخرى التي يراعى فيها الاحتياط لاحتمال أنه ابنه حقيقة فلا يحل لأحدهما إعطاء ماله للآخر ، ولا تقبل شهادة أحدهما للآخر . ولا يقتل الأب به قصاصاً إذا قتله ، كما لو قتل ابنه الثابت النسب .

وتثبت بينهما حرمة المصاهرة فلا يجوز أن يزوجه من أولاده ، كما لا يجوز له أن يتزوج امرأته التي عقد عليها وبالعكس .

ولا يعتبر الولد بهذا النفي مجهول النسب ، فلو ادّعى غير الملعن لا يصح ولا يثبت نسبه منه لاحتمال أن يكذب الملعن نفسه فيعود نسب الولد له .

ولهذا قيل لو ادّعى أجنبي بعد موت الملعن صححت الدعوى وثبت نسبه من المدعي إذا توافرت شروط ثبوت النسب .

هذا عند الحنفية ووافقهم الجعفرية فيها عدا القصاص فقالوا : إنسه إذا قتله الملعن اقتص منه ، والشهادة فجوزوا شهادة كل منها للآخر وعليه ، وذلك لأنهم يجوزون شهادة الوالد لابنه وعليه وكذلك شهادة الابن لأبيه ولم يمنعوا إلا شهادة الابن على أبيه .

---

(١٢) غير أن أبا يوسف يقول : إذا قذف بنفي الولد وأكذب نفسه فإنه يثبت نسب الولد منه مملاً ذلك بأن الحديث جاء بالتفريق بينهما ولم يترخص بالنسب بالنفي فيجب المحافظة عليه ، وإذا ثبت نسبه ومات الأب ورثه الابن ولو مات الابن لا يرثه أبه - لاحتمال أنه أكذب نفسه لأجل الميراث عند الحنفية والجعفرية .



# الفصل الثاني

في الأيلاء<sup>(١)</sup>

وقيه مبحثان

## المبحث الأول

في التعريف وركنه وألفاظه وشروطه

الأيلاء لغة عبارة عن اليمين مطلقاً . يقال : آلى بولي إيلاء إذا حلف سواء كان على ترك قريبان زوجته أو غيره .

وفي الشريعة عبارة عن حلف الزوج على ترك قريبان امرأته أربعة أشهر سواء كان حلفاً بالله أو بتعليق القريان على فعل يشق على النفس إتيانه .

---

(١) من مراجع هذا البحث . نيل الأوطار ج ٦ ص ٢١٧ . فتح القدير ج ٣ ص ١٨٢ وما بعدها . شرح الكبير ج ٢ ص ٢٦٦ وما بعدها . بداية المجتهد ج ٢ ص ٨٦ وما بعدها . شرح منهاج الطالبين ج ٤ ص ٨ وما بعدها . حكشاك الفتاوى ج ٥ ص ٣٥٣ وما بعدها . شرائع الإسلام ج ٢ ص ٨٣ وما بعدها . لفظه ط للذائب الأربعة ج ٤ ص ٤٦٣ وما بعدها . فرق الزواج الشيخ أنصيف ص ٢٢٢ .

وقد كان هذا النوع من الأيلاء في الجاهلية يلحق الضرر البالغ بالمرأة لطول مدة النزع كما روى عن ابن عباس أنه قال : كان إيلاء الجاهلية السنة والستين فوقت الله لهم أربعة أشهر<sup>(١)</sup> .

وكان يتكرر هذا الحلف حتى يصل إلى التحريم المؤبد فتبصر بذلك المرأة كالمعلقة لا هي بذات زوج لها حقوق الزوجية ولا هي خالية من الزواج يفنيها الله من فضله .

فخفف الشارع عنها يجعل أمد الإيلاء فترة قصيرة ألزم الزوج فيها إما الرجوع عن مقتضى يمينه أو فراقها جاء ذلك في قوله تعالى : « الذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم » وإن عزموا الطلاق فإن الله مبيح علم » البقرة - ٢٣٦ ، ٢٣٧ .

فنقله من حرمان مؤبد إلى حرمان مؤقت ينتهي بأحد أمرين : إما عودة الحياة الطبيعية بين الزوجين والأمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان .

ولم يرفع من أساسه وإن كان فيه إيلاء المرأة بحرمانها من أمر لازم لطبيعتها البشرية وإشمارها بكرامته وانصرافه عنها ، لأنه لا يخفى من فائدة تعود على الحياة الزوجية .

فقد يكون نوعاً من التأديب لها إذا كان الباعث عليه أمر يرجع إليها كإتيانها فملا ينفره منها فبهرها بهذا اليمين يحملها على تلافي سببه فتتصرف الحياة الزوجية بينها .

وقد يكون علاجاً له إذا كان السبب منه ، لأن بعده عنها قد يثير في نفسه الشوق إليها فيعود إليها دائماً على أسأتها مصراً على حسن معاشرتها ، فإذا

---

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣١٩ .

مرت المدة دون أن يجد نفسه مالت إليها فارقها بيسر وسهولة .  
فيكون الأبقاء عليه بهذه الصورة من عوامل دعم الحياة الزوجية أو  
أنهاها بالمعروف .

### وسكن الأيلاء :

يوجد الأيلاء بالمباراة الدالة على منع الزوج نفسه من قربان زوجته أربعة  
أشهر<sup>(١)</sup> فأكثر منعا مؤكداً باليمين بالله أو بصفة من صفاته أو بالتزام ما يشق  
عليه إثباته . كان يقول : والله لا أقربك أربعة أشهر ، أو وقدره الله لا أقربك  
عاماً ، أولاً أقربك أبداً ، وكذلك لو أطلق عن التقيد بزمان : كوالله لا أقربك ،  
لأن الإطلاق ينصرف إلى التأييد ، ومثل ذلك لو قال : إن قاربك في هذا العام  
ففي صوم شهرين متتابعين أو حج أو صلاة ألف ركعة مثلاً ، ففي كل هذه  
الصور يكون مولياً يلزمه حكم الإيلاء الذي سيأتي بيانه .

وعلى ذلك لا يكون مولياً من حلف على تركها أقل من أربعة أشهر ، أو  
قال لها : لا أقربك أربعة أشهر دون أن يلتزم بأمر يشق عليه ، لأن الشرط  
لتحققه كون المنع مدة لا تقل عن أربعة أشهر مع تأكيده باليمين أو بالتزام أمر  
يشق عليه ، فإذا خلا من أحدهما لا يكون إيلاء ، هذا عند الحنفية .

وخالفهم الأئمة الثلاثة والجعفرية في المدة فشرطوا أن تكون أكثر من  
أربعة أشهر أو مطلقة عن التقيد .

لأن الآية وضعت لعدم قربان المرأة حداً لا ينبغي للزوج أن يتعداه وهو

(١) خالف الظاهرية فقالوا متى : حلف بالله أو بصفة من صفاته على عدم قربانها يكون  
مولياً وإن لم يمين مدة أو عين أقل من أربعة أشهر ، فإذا فعل أمره الحاكم بالحنث في اليمين  
وأمره أربعة أشهر من حين الحلف فإذا انتهت المدة ولم يفيء ولم يطلق وقفه وأمره بأحدهما  
فإن امتنع فليس له أن يطلق عليه بل يضربه حتى يفعل أحدهما أو يموت قتيلاً الحلق إلى  
مقت الله تعالى . المحلل ج ١٠ ص ٥٧ .

الأريمة الأشهر وهو لا يطالب فيها بشيء فلا بد أن يزيد عليها ليطالب فيها بالقيء أو الطلاق .

كما خالفهم الجعفرية والحنابلة في المؤكد فشرطوا أن يكون بإسم الله أو بصفة من صفاته ، فمن حلف بالطلاق أو التزم ما يشق عليه لا يكون مولياً ، لأنه لا يمين إلا ما عده الشارع يميناً ، ولأن الحلف عند إطلاقه ينصرف إلى القسم الذي تعورف في عصر نزول الوحي أنه يمين تلزم الكفارة بالحنث فيه « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين ... الآية .

الفاظه : تتنوع ألفاظ الأيلاء إلى نوعين صريح وكناية .

فالصريح : هو ما دل على المقصود من غير احتمال شيء آخر . نحو والله لا أفريك . أو لا أجامعك ، أو لا أغتسل لك من جنابة وما شاكل ذلك، وهذا يكون إيلاء ولا يصدق في أنه قصد به شيئاً آخر .

والكنائية : ما احتمل معنى آخر . نحو لا أغشاك ، ولا أمستك ، ولا أدخل عليك ، ولا أجمع رأسي ورأسك ، وهذا لا يكون إيلاء إلا بالنية ، فلو ادعى أنه أراد به غير المخالطة صدق قضاء .

وكما يكون باللفظ المنجز يكون بالملحق على حدوث أمر آخر ، وبالمضاف إلى زمن مستقبل ، وتبدأ مدة الأيلاء في المنجز عقب التلفظ به وفي الملحق من وقت تحقق الشرط ، وفي المضاف لزمن بدخول أول لحظة منه عند الحنفية والشافعية والمالكية ، وذهب الحنابلة والجعفرية إلى أنه لا يكون إلا منجزاً .

شروط الأيلاء :

١- بشرط في المولى « الزوج » أن يكون بالناعاقلا قادر على المخالطة الجنسية ،

وبمباراة أخرى أن يكون أهلاً للطلاق عند أبي حنيفة والجعفرية .

وشرط أبو يوسف ومحمد أن يكون أهلاً للكفارة ، لأنه يمين يقرب على الحنث فيه الكفارة فلا بد أن يكون مسلماً مع العقل والبلوغ ، فالأبلاء عندهما لا يصح من غير المسلم ، لأن الكفارة عبادة لا تصح منه ، ويصح عند أبي حنيفة لأنه أهل للطلاق ، فإذا آلى من زوجته وبر في يمينه بأن لم يقربها في المدة كلها طلقت ، وإن حنث فيه لم تلزمه كفارة لأنه ليس أهلاً لها لكونها عبادة .

وزاد الجعفرية : أن يقصد بهذا الأبلاء الأضرار بالزوجة ، فلو حلف لا يقربها لإصلاح اللبن لابنه الرضيع أو لمرضها لم يكن إيلاء ، ويوافقهم في ذلك المالكية (١) .

٢ - يشترط في المولى منها : أن تكون زوجة حقة أو حكماً بأن تكون في عدة الطلاق الرجعي عند الحنفية والجعفرية ، لأن كلا منهما يحمل مخالطتها حتى صحت الرجعة بالفعل باتفاقهم كما قدمنا في بحث الرجعة .

وقد ذهب الأئمة من وقت الحلف وتحتسب مدة العدة منها . فإن انتهت العدة قبل صمد الأبلاء سقط لغوات محله ، وإن امتدت المدة إلى نهاية مدة الأبلاء كان صحيحاً وطبق الحكم عليه ، وامتداد العدة يتصور فيها إذا كانت عدتها بالقروء وامتد بها الطهر فطالت مدة الحيضات الثلاث حتى نهاية الأشهر الأربعة .

وقد يراجعها أثناء العدة فيمتد الأبلاء إلى ما بعد الرجعة فيها إذا اعتدت بالأشهر . أما المعتدة من طلاق بائن فلا يصح الأبلاء منها باتفاقهم ، لأنه لا يحمل له قربانها حتى يحلف على امتناعه منه ، ولأنها ليست من نسائه حتى تدخل تحت قوله تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر » ... الآية .

---

(١) والشافعية والحنابلة لم يشترطوا هذا الشرط كالحنفية .

ولم يشترط الحنفية في المرأة المولى منها أكثر من هذا . فيصح الأيلاء من الزوجة دخل بها أو لم يدخل بها صغيرة كانت أو كبيرة يمكن مخالطتها أو لا كأن كانت قرناء أو رتقاء أو في مكان بعيد لا يمكنه الوصول إليها في مدة الأيلاء . قالوا : والفقيه في هذه الأحوال التي يعتمد فيها المقاربة يكون بالقول . وهو قول مالك .

وشروط الجعفرية : أن تكون مدخولاً بها بعد عقد زواج دائم . فمن آلى من زوجته قبل الدخول بها لا يصح إيلأؤه .

## المبحث الثاني

### في حكم الأيلاء :

إذا حلف الرجل على عدم قربان زوجته على الوجه السابق فلما أن يفيم إليها بأن يفعل المحلوف عليه في مدة الأيلاء أو لا يفعل .

فإن فعل قبل مضي الأشهر الأربعة بطل الأيلاء ولزمه كفارة اليمين إن كان الحلف باسم الله أو بصفة من صفاته ، أو الوفاء بما التزم من صلاة أو صوم أو حج أو صدق .

هذا إذا كان يقدر على مقاربتها ، فإن كان عاجزاً عنها من وقت الأيلاء لعذر كمرضه أو سفرها أو بعده عنها وامتد عجزه إلى آخر مدة الأيلاء <sup>(١)</sup> يكون فيه بالقول . كأن يقول : فئت إلى زوجتي أو رجعت مما

(١) وإنما شرط امتداد العجز إلى آخر المدة لأنه لو قدر على المقاربة في أي وقت منها لم يصح فيه بالقول . فتح القدير ج ٣ ص ١٩٥ .



ثلث ، وهذا القول ينحل يمينه بالنسبة للطلاق فلا يقع بمضي المدة بدون مخالطة ، كما أنه لا تلزمه كفارة اليمين ولا الأمر الملتزم به بالتعلق لأن المحلوف عليه لم يقع منه فلا حث ، وإنما اعتبر الفيه بالقول لأن وقوع الطلاق لرفع الظلم عنها ، وعند المعجز يكفي رفع الظلم بالقول حيث لا يستطيع سواه .

وإن لم يفعل ولم يقل ذلك القول حتى انتهت المدة كان باراً في يمينه فلا كفارة عليه ولكنها تطلق منه طلاقاً بالثمة بمضي المدة عند الحنفية ، ولا يحتاج الطلاق لأيقاع منه أو لحكم القاضي به ، وبعد وقوع الطلاق ينتهي الأيلاء إذا كان عين هذه المدة عند الحلف (١) .

وإنما وقع بنا عندنا لأن وقوعه هنا لتخليص المرأة من الظلم ، والرجعي لا يفيد ذلك حيث يملك مراجعتها ثم يعيد الأيلاء وتكرر المسألة فلا يخلصها إلا السينونة .

والأئمة الثلاثة يوافقون في أن الفيه في المدة ينهي الأيلاء ويلزمه الكفارة لهذا الحث ، ولكنهم خالفوا في وقوع الطلاق بمضي المدة . فذهبوا إلى أن الزوج إذا لم يفيه إلى زوجته بعد انقضاء الشهور الأربعة فعليه الطلاق ، فإن طلق انتهى الأمر ، وإن أبى للطلاق طلق عليه القاضي جبراً إذا طلبت

(١) أما إذا كان الأيلاء مؤبداً . كان قال لها : والله لا أقربك أبداً أو لم يصرح بلطف الأبد فلا ينتهي الأيلاء بوقوع هذا الطلاق بمضي المدة . لأنه لم يوجد الحث حتى يرتفع به ، فإن زوجها عاد الأيلاء فإن وطئها كفر عن يمينه ، وإن لم يفعل حتى مضت أربعة أشهر وقع طلاق آخر ، فإن تزوجها ثانياً ولم يقاربها ومضت أربعة أشهر وقعت طلاقاً ثالثة فتصرم عليه حتى تتزوج بآخر ، فإن تزوجها بعده ولم يقاربها لا يقع عليه طلاق بذلك الأيلاء لتفديده بطلاق هذا الملك ، لأن الأيلاء طلاق مؤجل وينتقد ط التعليلات المفروكة له فيه ولم يبق له شيء منها بعد وقوع الثلاث عليها ، لكن يلاحظ أنه إذا قاربها في هذا الزواج لزم الكفارة لتسقط الحث في اليمين بذلك المقاربة وينتهي الإيلاء بذلك .

راجع الهداية وحاشيتي فتح القدير والمناجاة ج ٣ ص ١٨٧ وما بعدها .

الزوجة ذلك<sup>١١</sup> والطلاق الواقع هنا رجمي سواء كان من الزوج أو القاضي ، لأن الأصل في الطلاق أن يكون رجمياً حتى يكون من الشارع ما يتبدل على أنه بائن .

فهم يخالفون الحنفية في أمرين . في أن الطلاق لا يقع بمضي المدة بل لا بد من إيقاعه من أحدهما ، وفي أن الطلاق لا يكون بائناً .

أما الجعفرية : فإنهم يوافقون الأئمة الثلاثة في أن الطلاق لا يقع بمضي المدة ،

( ١ ) ومنشأ الخلاف بين الحنفية وغيرهم في وقوع الطلاق بمضي المدة وعدم وقوعه إلا بإيقاع بعدها من الزوج أو القاضي يرجع إلى اختلافهم في مرجع التعقيب المستفاد من القاء في قوله تعالى : « فإن فاء وإفان الله غفور رحيم » بعد تقدم أمرين الأيلاء والتربص . هل هو للأيلاء أو للتربص . فالجمهور على أنه راجع إلى التربص . والمعنى فإن فاءوا بعد معنى المدة التي يتربصها الولي ، والحنفية قالوا : إنه راجع إلى الأيلاء فيكون المعنى . فإن فاءوا بعد الأيلاء . وهذا يحتمل أن يكون النفي بعد الأيلاء في مدة الأريسة أشهر أو بعدها ، ويرجع كونه فيها بقراءة ابن مسعود « فإن فاءوا - فهين - فإن الله غفور رحيم » فهذه وإن لم تثبت قرأيتها لعدم قراءتها فإنها لا تخرج عن أن تكون خبراً عن رسول الله فيصلح مرجعاً لأحد الاحتمالين هنا . فإن فاء الزوج في المدة وإلا طلقت امرأته بقتضائها طلاقاً بائناً من غير حاجة إلى تطليق منه أو من القاضي ، وقد روي ذلك عن بعض الصحابة والتابعين . كابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت . وعطاء وعكرمة والحسن وغيرهم . والمعنى فإن فاء واقتبل مضى المدة وعادوا إلى مقابلة زوجاتهم فإن ذلك يكون قربة من ذلك الذنب فإله ينفر لهم ، وإن أصروا على تنفيذ يمينهم وهجر زوجاتهم حتى انقضت المدة فإنه يكون إصراراً على الطلاق فيكون لإيلاؤه طلاقاً فتطلق منهم بمجرد انقضاء المدة .

وروجه الجمهور أن الآية وضعت لبدن قربان المرأة حداً لا ينبغي للزوج أن يتمدها وهو أريسة أشهر وجعلها مدة تربص لا يطالب فيها الزوج بشيء ، وقد رتب على انقضائها أحد أمرين . أن ينهي الزوج إلى امرأته فينفر الله له ما وقع منه من إيدائها ، وأن يزم طلاقها فإله مطلع على ما يصدر منه فيجابه عليه فيسمع ما يقع منه من الطلاق ويعلم ما يصدر منه من خير أو شر فيجازه عليه ، فإذا فعل أحد الأمرين فيها ، وإن لم يفعل كان للرد أن ترفع أمره إلى القاضي ليخيره بينها فإن فعل وإلا طلق عليه ، وهذا مروى عن عمر وعثمان وعلي وعائشة وابن عمر وسعيد بن المسيب وعروة ومجاهد وغيرهم . وهذا الرأي أوجب من الأول .

وعلى الزوج بعدها أحد أمرين . إما الفيه أو الطلاق ، فإن فاه إليها فلا يطلب منه شيء ، وإن طلق وقع الطلاق رجعياً ، وإن امتنع عن الأمرين فإن للزوجة رفع أمرها إلى الحاكم ، وعليه أن ينظره أربعة أشهر أخرى فإذا مصت ولم يفيه فيها خيبره الحاكم بين الفية والطلاق إذا رفعت إليه أمرها بعد انقضائها ، فإن امتنع حبسه وضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يفيه أو يطلق ، فإذا طلق وقع رجعياً ولا يملك القاضي أن يجبره على واحد منها كما لا يملك أن يطلق عليه .

وإذا قاربها في المدة لزمته الكفارة بشرط أن يكون عندها قاصداً لها ، فلو قاربها ناسياً أو مجنوناً فيها بطل حكم الأيلاء لتتحقق الإصابة ولا تجب الكفارة لعدم الخنث (١) .

وينبغي هنا ملاحظة أن المرأة المولى منها بعد طلاقها يجب عليها أن تعدد عدة المطلقات عند جماهير الفقهاء لأنها مطلقة فتجب عليها عدة كسائر المطلقات وذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يجب عليها المدة إذا كانت قد حاضت في مدة الأشهر الأربعة ثلاث حيض وهو مروى عن ابن عباس لأن المدة إنما وضعت لبراءة الرحم وقد حصلت .

وسبب الخلاف كما يقول ابن رشد في بداية المجتهد : أن المدة جمعت عبادة ومصلحة فمن لحظ جانب المصلحة لم ير عليها عدة ، ومن لحظ جانب العبادة أوجب عليها المدة .

#### المعمول به في مصر وليثان :

أما في مصر فالعمل يجري على مذهب الخنفية وهو وقوع الطلاق بانتهاه

---

(١) شرائع الإسلام - ٢ .

المدة لكن الطلاق يقع رجعيًا ، كما ذهب الجمهور لأن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في مادته الخامسة يقول : إن كل طلاق يقع رجعيًا إلا ما استثنى ، والطلاق الواقع بالأبلاء ليس منها فيستقضى المعمول به في الأمرين مع مذهب الأوزاعي في أن الطلاق يقع بمضي المدة رجعيًا .

أما المحاكم السنية في لبنان فتسير على مذهب الحنفية لسكوت القانون عنه والمحاكم الجعفرية تسير على مقتضى المذهب الجعفري وقد قدمناه .

## الفصل الثالث

### في الظهار<sup>(١)</sup>

وهذا نوع من تصرفات الأزواج مع زوجاتهم لا يعتبر طلاقاً ولا فسخاً ولكنه يحرم قربان الزوجة تحريماً مؤقتاً إلى أن يوجد منه ما ينهي بعد أن كان يجب تحريم المرأة تحريماً مؤيداً في الجاهلية وهذا التصرف هو الظهار .

الظهار لغة مصدر ظاهر مأخوذ من الظهر . وهو قول الرجل لامرأته : أنت عليّ كظهر أمي<sup>(٢)</sup> وفي اصطلاح الفقهاء : تشبيه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه على التأبيد أو يحزم منها لا يحل له النظر إليه كالظهر والبطن والفخذ . كأن يقول لها : أنت عليّ كظهر أمي ، أو كبطن أخي أو عمي أو خالي . يستوي في

---

(١) من مراجع هذا البحث . نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٠٩ وما بعدها ، فتح القدير ج ٣ ص ٢٢٤ وما بعدها ، الشرح الكبير مع حاشية السقوي ج ٢ ص ٤٣٩ وما بعدها ، شرح منهاج الطالبين ج ٤ ص ١٤ وما بعدها ، كشف القناع ج ٥ ص ٣٦٨ وما بعدها ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٩١ ، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٧٤

(٢) قال الكيال بن المهام في فتح القدير : «خص الظهر بذلك دون سائر الأعضاء لأنه محل للركوب . ولذلك سمي الركوب ظهراً فشبهت الزوجة بذلك . وقيل : إن الظهر مجاز عن البطن لأنه إنما يركب البطن وعلاقته المجاورة . وقيل : خص الظهر لأن هذا كان استعمالهم في الجاهلية .

ذلك أن تكون المشبهة بها محرمة عليه بسبب النسب أو الرضاع أو المصاهرة .  
كان يقول لها : أنت علي كظهر امرأة أبي أو زوجة ابني وغيرها وهذا عند  
الحنفية والأئمة الثلاثة .

والجمهورية قصروه على المحرمة بسبب النسب أو الرضاع . أما لو شبهها بمن  
حرمت عليه بالمصاهرة . كأم زوجته أو زوجة أبيه أو ابنه لم يقع به ظهار .  
القاططه : تتنوع ألقاظ الظهار إلى نوعين صريح وكتاية .

فالصريح : مالا يحتمل إلا الظهار . نحو أنت علي كظهر أمي أو كبطن  
عمتي وما شاكل ذلك ، ويقع به الظهار سواء نوى به الطهار أو الطلاق أو  
الأبلاء أو ادعى أنه لم ينو به شيئاً .

والكتاية : ما يحتمل الظهار وغيره كقوله : أنت علي كأمي . فإنه يحتمل  
المائة في التحريم أو المائة في الكرامة ، فإذا نوى أيها صدق فيما ادعاه منها ،  
فإن قال : نويت الظهار كان ظهاراً ، وإن قال : أردت الطلاق فهو طلاق بائن  
لأنه تشبيه في المحرمة .

وإن لم ينو به شيئاً فليس بشيء عند أبي حنيفة وأبي يوسف لاحتمال إرادة  
الكرامة وقال محمد : يكون ظهاراً لوجود التشبيه الذي هو أساس الظهار .

ومن الكتاية : أنت علي حرام كأمي <sup>(١)</sup> . فإنه يحتمل الظهار والطلاق

---

(١) أما إذا قال لها « أنت علي حرام » فالحنفية يقولون على أنه يبان عن نيته فإن قال :  
أردت الكذب فهو كإطلاق ، لأنه نوى حقيقة كلامه . وقيل لا يصدق في القضاء لأنه  
يبين ظهاراً .

وإن قال : أردت الطلاق فهو تطليقة بائنة إلا أن ينوي الثلاث . وإن قال أردت  
الظهار فهو ظهار عند الشيخين ، وقال محمد ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن  
فيه . ولما أنه أطلق المحرمة . في الظهار نوع حرمة والطلاق يحتمل اللقيد .

نرهما أو أحدهما عومل بنيته ، وإن ادعى أنه لم ينوبه شيئاً منها كان إيلاؤه عند أبي يوسف لأنه أدنى الحرمتين ، وظهاراً عند محمد للتشبيه فيه .

وظاهر أن هذا الحكم لو صدر ممن يعرف الظهار والمراد منه أما لو صدر من العامي الذي لا يعرف معنى الظهار فيتمين أن مراده به الطلاق المؤكد فيصرف إلى الطلاق في حقه .

**شروطه :** يشترط لصحة الظهار لياترب عليه حكمه عند الحنفية .

**أولاً :** يشترط في الرجل . أن يكون زوجاً بالفاً عاقلاً مسلماً .<sup>(١)</sup> أي من أهل الكفارة فلا يصح ظهار من الصبي والمجنون والذمي .

**ثانياً :** يشترط في المرأة المظاهر منها : أن تكون زوجة في زواج صحيح نافذ قائم حالية أو حكماً . فيصح الظهار من الممتدة من طلاق رجعي ، ولا يصح من الممتدة من طلاق بائن ولا من كان زواجها فاسداً أو صحيحاً موقوفاً ، لأن كلا منها حرام عليه بالفعل فلا يكون للظهار منها معنى .

---

— وإن قال : أردت التنجيم أو لم أو شيئاً فهو بين يصير به مولى ، ومن فقهائهم من يصرّف لفظ التنجيم إلى الطلاق من غير نية بحكم العرف . راجع الهداية مع فتح القدير ج ٣ ص ١٩٦ . ص ١٩٧ .

هذا هو مذهب الحنفية والمالكية فيها اختلاف من لدن الصعوبة إلى ما بعد عصر الأئمة . وقد حكى ابن القيم من أقوالهم خمسة عشر قولاً . ذكرها الشوكاني في نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٢٤ وما بعدها ، ورجع منها القول بأنه لغو وباطل لا يترتب عليه شيء وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس ، وبه يقول مسروق وأبو سلفة بن عبد الرحمن وعطية والشامي ودارقطني وأكث أصحاب الحديث وهو أحد قول المالكية واختاره أصبغ بن الفرج ودليله قوله تعالى : « ولا تقولوا لما تصف ألسنتكم الكذب هذا حلال وهذا حرام » .

(١) لم يشترط الشافعية والمالكية الأسلام فصحبوه من الكافر الذمي ، ولكن للمالكية يوافقون الحنفية في هذا الشرط .

ثالثاً : يشترط في المرأة المشبه بها : أن تكون محرمة عليه محرماً مؤبداً<sup>(١)</sup> بالاتفاق . فلو كانت محرمة عليه مؤقتاً . كاخوت زوجته أو عمتها . أو كانت محرمة عليه مؤبداً عند بعض الفقهاء دون الآخرين كأم المرأة التي زنى بها أو بنته من الزنى لم يكن التشبيه ظهاراً على الراجح عند الحنفية .

ويشترط الجعفرية في الرجل : البلوغ وكال العقل والاختيار والقصد . فلا ظهار لصغير أو مجنون أو مكره ولا فاقد القصد بالسكر أو الأغشاء أو الغضب .

وفي اشتراط الإسلام خلاف عندهم شرطه بعضهم لعدم إمكان الكفارة . ولم يشترط أكثرهم لأمكان تقديم الإسلام ثم يكفر .

وشروطاً في المرأة : أن تكون زوجة بالعقد الدائم ، فلا يقع على أجنبية ولو علقه على النكاح ، وأن تكون طاهراً طاهرأ لم يحامها فيه إذا كان زوجها حاضراً وكان مثلها محيض ، فلو كان غائباً أو حاضراً وهي لا تحيض لعدم البلوغ أو كونها بائة لا يشترط فيها ذلك ، وفي غير المدخول بها اختلاف عندهم ، كما شرطوا حضور شاهدين عدلين يسمعان نطق المظاهر ، وأن يكون الظهار منجزاً ، فلو كان معلقاً أو مضافاً لا يقع ، وهذه الشروط كما ترى هي شروطهم في الطلاق في الجملة .

حكم الظهار : كان العرب في جاهليتهم يظاهرون من نسايتهم ويقصدون بذلك تحريم المرأة تعريماً مؤبداً ، وما كانت المرأة تخلص من زوجها بالتباعد لغيره ،

---

(١) المذاهب الأخرى تخالف في ذلك فالحنابلة ، لا تشترط التأيد فلو شبها بمحرمة عليه مؤقتاً كان ظهاراً . كشاف القناع ج ٥ ص ٣٦٩ ، والشافعية يقيدوه بالأل يصحون تحريمها طارئاً على المشبه كأم زوجته وزوجة ابنه فإن كان لم يكن ظهاراً . شرح المنهاج ج ٢ ص ١٥٠ .



بل كانت تصير بهذا الظهار كالملقة لا هي بذات زوج تستمتع بالحياة الزوجية ولا هي مطلقة تبحث لها عن زوج آخر .

فكان الظهار لوناً من ألوان الأيذاء الذي يلحقه الرجل بالمرأة ، فلما جاء الإسلام لم يعرض له أول الأمر حتى ظاهر أوس بن الصامت بعد أن كبرت سنه وضاق خلقه - من زوجته حولة بنت مالك بن ثعلبة بسبب مراجعتها له في بعض ما أمرها به ، ولما هدأت نفسه راودها عن نفسها فأبى عليه ذلك حتى يقضي الله ورسوله فيما وقع بينها ، وذهبت إلى رسول الله ﷺ وأخبرته بما حدث من زوجها بعد أن كبرت سنه ووجود أولاد بينها لا يستقر لهم قرار مع أحدهما ، وكان رسول الله يقول لها : اتقي الله فإنه زوجك وابن عمك وقد كبر فاحسني إليه ، فأخذت تجادله وتشكو إلى الله حالها وما صارت إليه فغزل عليه الوحي بآيات من أول سورة المجادلة وهي قوله تعالى : « قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله والله يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير . الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً وإن الله لمفوعفور . والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتعزير رقة من قبل أن يتأسا ذلك فوعظون به والله بما تعملون خبير ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسا ، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم » .

فلما نزلت هذه الآيات قال لها الرسول : مريه فليعتق رقة . فقالت لا يجد ذلك يا رسول الله ، ثم قال مريه أن يصوم شهرين متتابعين ، فقالت هو شيخ كبير لا يطيق الصوم ، فقال : مريه ليطعم ستين مسكيناً ، فقالت ما عنده شيء يا رسول الله ، فقال : إنا سنعينه بمرق ، فقالت وأنا أعينه بمرق أيضاً ، فقال : قد أحسنت إذهي فإطعمي ستين مسكيناً وارجمي إلى ابن عمك . رواه أبو داود ورواه أحمد بمعناه : العرق : ستون صاعاً من التمر .

وهذا أبطل الأسلام ظهار الجاهلية وألغى أثره من التحريم المؤبد ، فلم يجعله طلاقاً واعتبره منكراً من القول لأنه عبث بالحياة الزوجية وظلم للمرأة ، وزوراً لأنه كذب . لهذا عاقبه على ذلك بعرمانه من الاستمتاع بها حتى يكفر عما ارتكبه من خطأ بعتق رقبة ، فإن لم يجد فبصيام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطع فباطعام ستين مسكينا .

وقد اختلف الفقهاء في سبب وجوب الكفارة التي عبر عنها القرآن بقوله :  
« ثم يعودون لما قالوا »

فالظاهرية يفسرونه بظاھرهم من أنه إعادة الظهار فلا كفارة عندهم إلا إذا أعاد الظهار . ولكنه مردود لأن حوادث الظهار التي حدثت في عهد الرسول لم يستفسر فيها الرسول عن كونه الظهار الأول أو الثاني بل كان يقضي بالكفارة بمجرد ثبوت الظهار .

وأحسن ما قيل فيه : إنه العزم على مقاربتها ورجوعه عن الظهار (١) . وهذا يقول الحنفية والجعفرية وغيرهم وتكون اللام بمعنى من أوفى وذلك لأن مقتضى الظهار تحريم قربان المرأة ، فإذا عزم على قربانها يكون منه رجوعاً عما صدر منه من ظهار ، فإذا رفع هذا التحريم وجب عليه التكفير .

وعلى هذا يكون موجب الظهار تحريم قربان المرأة ولا يحصل له قربانها (٢).

(١) وفيه المالكية هذا في أحد أقوالهم ، وفي قول آخر بأنه العزم على الوطء مع إرادة إمساك العصاة . الشرح الكبير ص ٤٦ ، وفسره الشافعية بأنه إمساكها بعد ظهاره زمن إمكانه فرقة ، لأن للمود للقول بخالفته . يقال قال فلان قولاً ثم عاد فيه أي خالفه ونقضه وهو قريب من قولهم عاد في هتة ومقصود الظهار وصف المرأة بالتحريم وإمساكها بخالفته وهذا المنعج الجديد وفي القديم تأريلاً العزم على الوطء . أو الوطء شرح منهاج الطالبين ج ٤ ص ١٥ .

(٢) واتفق الفقهاء على أنه يحرم منها القاربة ، واختلفوا فيما دونه من المس والنظر بشهوة والتعجيل فحرمه البعض كذلك وأبى حنيفة ولم يحرمه البعض كالشافعي وأحمد . وسبب اختلافهم الاختلاف في تفسير التهاس الرارد في الآية

إلا بعد التكفير بواحد من الأمور الثلاثة مرتبة ، فإذا واقمها قبل التكفير كان عاصيا يجب عليه الاستغفار وعدم قربانها مرة أخرى قبل أن يكفر لما روى أن رجلا ظاهر من امرأته ثم واقمها قبل أن يكفر وأخبر الرسول بما فعل فقال له : ما حملك على ما صنعت قال : رأيت يابض ساقها في القمر ، فقال له الرسول : استغفر الله ولا تمد حتى تكفر « منتقى الأخبار » .

وذهب الجعفرية إلّا أنه لو فعل ذلك لزمه كفارتان ، وإن كرر مقاربتها تكررت الكفارة ، ولا أدري لهم وجها في ذلك مع صراحة الحديث السابق .  
فإن كفر الرجل حلت له زوجته ، وإن امتنع عن التكفير وصبرت المرأة فلا شأن لأحد به حيث إن المرأة لم تشك من ذلك ، وعليها أن تمنعه من نفسها حتى يكفر .

فإن رفعت أمرها إلى القاضي ألزمه بالتكفير أو الطلاق رفعا للظلم الواقع على المرأة ، وله أن يحمله على ذلك بالحبس فإن أبى ضربه ، وإن ادعى أنه كفر صدق في دعواه ما لم يكن معروفاً بالكذب .

وذهب الجعفرية إلى أنه يخيره بين الأمرين ثم ينظره ثلاثة أشهر من حين المرافعة ، فإن انتهت المدة ولم يختار أحدهما ضيق عليه في الطعام والمشرب حتى يختار أحدهما ولا يجبره على الطلاق ولا يطلق عليه ثم قالوا : لو طلقها بعد الظهار رجعيًا ثم راجعها لا يحل له مقاربتها حتى يكفر ، ولو خرجت من العدة ثم تزوجها وقاربها فلا كفارة عليه .

تعمه : لو كرر الظهار قبل التكفير وجب عليه كفارة واحدة سواء صدر منه الظهار المكرر في مجلس واحد أو في مجالس متعددة . نوى به التأكيد أو الاستثناء أو لم ينويه شيئاً منها ، لأن ما بعد الأول قول لم يحدث تحريماً للزوجة فلم يجب به كفارة ظهار كاليمين بالله تعالى ، وإن ظاهر ثم كفر ثم ظاهر مرة ثانية وجبت عليه كفارة للظهار الثاني لأنه ظاهر بعد ما حلت له .



# الباب الرابع

في العدة<sup>(١)</sup>

وفيه فصول

---

(١) من مراجع هذا البحث . سبل السلام شرح بلوغ المرام ج ٣ ص ١٩٥ ، وما بعدها ،  
منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ، والوطأ بشرح البابي ج ٤ ، فتح القدير ج ٣ ،  
البدائع ج ٣ ، البحر الرائق ج ٤ ، الشرح الكبير مع حاشية الدموي ج ٢ ، المنى لابن قدامة  
ج ٩ ، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج ٦ ، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٦٧ ، المختصر المتأخر ،  
فقه الإمام جعفر ج ٦ .



## الفصل الأول

في التعريف بها وأسبابها وحكمة مشروعيتها

العدة : بكسر العين وتشديد الدال في اللفظ . الأحصاء يقال : عدت الشيء عدة . أي أحصيته إحصاء ، والجمع عدد ، وبطلق العدة ويراد بها المصدود ، ومنه قوله تعالى : « إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً في كتاب الله منها أربعة حرم » التوبة - ٣٦ .

وفي الشرع : أجل حدده الشارع للمرأة التي حصلت الفاقة بينها وبين زوجها بسبب من الأسباب تمتنع عن التزوج فيه بغير زوجها الأول .

ومعنى ذلك : أن المرأة التي فارقها زوجها يجب عليها أن تنتظر بدون زواج حتى تنقضي المدة المحددة شرعاً ، فإن كانت المفارقة بالموت وجب عليها الانتظار مطلقاً دخل بها أو لم يدخل ، وإن كانت المفارقة بالطلاق أو الفسخ وجب عليها الانتظار إذا كان ذلك بعد الدخول بها ، فإذا انقضت المدة حل لها التزوج .

أما الرجل فلا يجب عليه الانتظار بعد مفارقة زوجته ، فله التزوج بغيرها متى شاء ، وبأي امرأة شاء إلا إذا كانت المرأة التي يريد التزوج بها محرمة عليه

لأنه مؤقت بسبب زواجه السابق بمن طلقها، كمن طلق زوجته فلا يحل له التزوج  
بين لا يحل له الجمع بينها وبين زوجته الأولى حتى تنقضي عدتها كأختها أو بنت  
أخيها أو بنت أختها أو عمتها أو خالتها لئلا يكون جامعاً بين محرمين .

وكن كان متزوجاً بأربع نسوة فطلق إحداهن فلا يحل له التزوج بأي  
امراة حتى تنقضي عدة من طلقها لئلا يكون جامعاً بين أكثر من أربع .

وهذا الانتظار وإن وجد فيه معنى المدة إلا أنه لا يسمى عدة اصطلاحاً<sup>(١)</sup> .

وهذا في الطلاق الرجعي باتفاق الفقهاء لبقاء الزواج الأول حكماً .

أما إذا كان الطلاق بائناً فالحكم كذلك عند الحنفية ، وخالف الجعفرية  
فأجازوا له التزوج في صورتين أثناء العدة ، وقد تقدمت هذه المسألة وآراء  
اللفقهاء فيها<sup>(٢)</sup> .

والدليل على مشروعية العدة الكتاب والسنة والأجماع .

أما الكتاب فجملة آيات بيئت أنواع العدد ومقارها . وستأتي في بيان  
الأنواع .

وأما السنة فأحاديث كثيرة منها ما رواه ابن ماجه عن عائشة رضي الله  
عنها قالت : « أمر النبي ﷺ بريرة أن تعتد بثلاث حيض » ، ومنها ما رواه  
البخاري عن المسور بن مخرمة أن سبيعة الأسلمية نفست بعد وفاة زوجها  
لبلال فبعثت إلى النبي ﷺ فاستأذنته أن تنكح فأذن لها فنكحت ،

---

(١) وباتأمل نجد أن معنى العدة وهي المنع من التزوج مطلقاً حتى تنتهي هذه المدة  
لا يوجد إلا في الصورة الثانية وهي الجمع بين الأربع ، أما الصورة الأولى ففيها منع من  
التزوج بامرأة معينة فقط حيث يباح له التزوج بغيرها أثناء عدة المطلق .

(٢) في بحث الجمع بين محرمين ص ٢١٤ من هذا الكتاب .



ومنها قوله : **يُكْتَلَبُ** « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا ينشئ رجلان امرأة في طهر واحد » ، وعلى هذا انمقد الأجماح في عصر أصحاب رسول الله واستمر في جميع العصور .

### سبب وجوبها :

تجب المدة بواحد من الأمور الآتية :

١ - وفاة الزوج بعد زواج صحيح يستوي في ذلك ما إذا كانت الوفاة قبل الدخول أو بعده لقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » البقرة - ٢٢٤ .

فإنه أوجب عليها أن تنتظر هذه المدة من غير تفرقة بين المدخول بها وغير المدخول بها .

٢ - حدوث مفارقة بعد زواج صحيح بطلاق أو فسخ بعد الدخول الحقيقي أو بعد الخلو الصحيحة أو الفاسدة عند الحنفية ، وبعد الدخول الحقيقي فقط عند الجعفرية .

فإذا حصلت المفارقة قبل الدخول وما ألحق به من الخلو فلا تجب عليها المدة لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » الأحزاب - ٤٩ .  
فإنه صريح في عدم وجوب المدة على المطلقة قبل المسيس الشامل للدخول والخلو . والفسخ يأخذ حكم الطلاق .

٣ - حدوث مفارقة ولو بالموت في نكاح فاسد<sup>(١)</sup> أو بعد وطء بشبهة بعد

---

(١) وأمثلة الزواج الفاسد كثيرة وهو ما فقد شرطا من شروط صحته كعدم الشهود .  
وزواج الأخت في عدة أختها ، وزواج المعتدة في أثناء عدتها ، وزواج الحامسة في عدة الرابعة -

الدخول الحقيقي فقط عند الحنفية ، لأن المقصود من وجوب العدة بعد المفارقة فيها معرفة براءة الرحم وخلوه من الحمل ، وهذا لا يكون إلا بعد الدخول الحقيقي ، ولذلك لو كانت المفارقة بالموت تجب العدة بالحيض أو الأشهر . لا عدة الوفاة .

### حكمة تشريع العدة :

يرى بعض الفقهاء كإبن حزم الظاهري : (١) أن العدة من الأمور التعمدية التي لا يدرك العقل لها حكمة تشريع ، بينما يرى جمهور الفقهاء أن لتشريعها أكثر من حكمة ، وتختلف أو تختلف بعضها في بعض صورها لا يطمئن فيها لأن شأن الحكمة عدم اضطرابها في كل الأفراد . ونحن نجملها لك فيما يلي :

١ - التعرف على براءة الرحم لئلا تختلط الأنساب ، لأنها لا تكون غالباً إلا في فرقة بعد الدخول وهذا أمر توحى به الفطرة . لذلك كانت العدة معروفة عند العرب قبل الإسلام ، فلما جاء الإسلام أقرها بعد أن خلصها مما كان بها من أضرار تلحق المرأة

٢ - التنويه بمعظم شأن الزواج وإعلام الناس بأنه أمر له خطره يغايرو سائر العقود لأنه عقد الحياة ، فكما أنه لا ينعقد صحيحاً إلا بحضور شهود عند جماهير

- وأما الرطة بشبهة . فكمن وطء امرأة وجدها على فراشه طائفاً أنها امرأته لا اشتباهها بها ، ومن تزوج امرأة غيره وهو لا يعلم أنها متزوجة فأنها تحرم على الأول حتى تنقضي عدتها بعد أن يفرق بينها وبين من تزوج بها لتمود إلى الأول ، ومن عقد زواجه على امرأة ثم زفت إليه امرأة وقالت النساء له : إنها زوجتك فدخل بها بناء على ذلك ثم تبين أنها غيرها ، ولقد حدثت هذه الواقعة في زمن أبي حنيفة أن رجلاً زوج ابنيه بنتين فادخل النساء زوجة كل أخ على أخيه . فأجاب العلماء بأن كل واحد يحتجب التي دخل بها وتمتد لتمود إلى زوجها ، وأجاب أبو حنيفة : بأنه إذا رضي كل واحد بمزوطته يطلق كل واحد زوجته ويمتد على من دخل بها ويدخل عليها في الحال لأنه صاحب العدة ففعل ذلك ورجع العلماء إلى جوابه .

(١) راجع المحلى ج ١٠ مسألة ٢٥٦ وما بعدها .

الفقهاء كذلك لا ينتهي بمجرد وجود الفقرة ، بل لا بد فيه من انتظار المرأة المدخول بها قبل الفراق مدة كافية ليتروى فيها كل من الزوجين ، أما الزوج فقد يقع الطلاق في ثورة غضب أو تسرع من غير روية بما قد يوقعه في ندم على ما فعل فجعل الشارع أمامه فسحة من الوقت يراجع فيها نفسه ليختار أوفى الأمرين له . تدارك ما وقع بأرجاع الحياة الزوجية ، أو المضي بالطلاق إلى مصيره المحتوم

فإذا ما رجع عنده الندم أمكنه أن يرجعها إلى الزوجية بدون عقد ولا مهر أثناء فترة التبرص إن كان الطلاق رجعياً ، أو يعقد ومهر جديدين أثناء العدة لا يزاحمه غيره في ذلك إن كان الطلاق بائناً .

أما الزوجة المكلفة بالانتظار فهي أحوج ما يكون إليه للتروي والتبصر في إنشاء زوجية أخرى لأن عصمتها ببسد زوجها ، فإذا تسرعت عقب الطلاق وأنشأت زوجية وظهر خطؤها عجزت عن مفارقة زوجها بخلاف الرجل فإنه يستطيع التخلص من الزواج غير الملائم بما ملكه الشارع من حق الطلاق .

٣ - تمكين الزوجة المتوفى عنها زوجها من إظهار التأمر لفقد زوجها بالمنع من التزين ، وهذا ضرب من الوفاء له ، إذ ليس من المروءة والاعتراف بالجميل تسرع المرأة بالزواج عقب وفاة زوجها ولو قبل قبل دخوله بها ، كما أن تعجلها بالزواج يسيء إلى أهل الزوج الذين ارتبطت بهم برابطة المصاهرة ، إذ كيف تنعم بحياة زوجية جديدة في الوقت الذي لا يزال أهل زوجها في حزن عليه .



## الفصل الثاني

### في أنواع العدة

تتنوع العدة إلى ثلاثة أنواع :

١ - عدة بالقروء .

٢ - عدة بالأشهر .

٣ - عدة بوضع الحمل .

وهذا التنوع باعتبار سبب الفرقة ، وما تكون عليه المرأة عند حصول الفرقة ، وصحة الزواج وفساده .

#### النوع الأول - العدة بالقروء

وتكون العدة بالقروء لمن فارقتها زوجها بعد الدخول أو الخلوة بسبب من أسباب الفرقة غير الوفاة إذا كانت المرأة من ذوات الحيض ولم تكن حاملاً .

وهذا إذا كانت الفرقة بعد زواج صحيح ، أما إذا كان فاسداً فإنها تمتد بالقروء بعد الدخول الحقيقي وإن كانت بعد الوفاة .

والدليل على ذلك قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » ،

فقد أوجبت الآية على المطلقة التريص ثلاثة قروء ، والقروء جمع قرء ، وهوو  
يحتمل في الآية الحيض أو الطهر ، لأنه لغة مشترك بينهما - كما قالوا - ومن هنا  
اختلف فقهاء الصحابة ومن بعدهم في المراد منها، فمنهم من ذهب إلى أن المراد بها  
الحيض ، وهو مذهب الحنفية والحنابلة، ومنهم من ذهب إلى أن المراد بها الطهر ،  
وهو مذهب المالكية والشافعية والجعفرية .

وكل من المفريقين يؤيد دعواه بأدلة وقرائن من الآية ومن غيرها يرجع إليها  
في موضعها، ويكفي هنا بيان مذهبي الحنفية والجعفرية .

أما الحنفية الذاهبون إلى أن المراد بالقروء الحيض فيقولون: لا بد من ثلاث  
حيضات كاملات بعد الفرقة ، فإن طلقت في طهر لا تنتهي عدتها إلا بعد انتهاء  
الحيضة الثالثة ، وإن طلقها في الحيض لا تحسب تلك الحيضة بل تنتظر ثلاث  
حيضات بعد التي طلقها فيها ، وإن كان يأنم على هذا الطلاق ، لأنه منهى عن  
الطلاق في الحيض لما يؤدي إليه من تطويل المدة .

وهذا أخذ قانون حقوق العائلة في المادة ١٣٩ ونصها: « مدة العسدة ثلاث  
حيضات كاملات للمرأة المتكوجة بمقد صحيح إذا طلقها زوجها أو فرق بينها  
بالفسح والتفريق بعد الاجتماع ولم تكن حاملا أو بالغة سن اليأس » .

وفي المادة ١٤٢ « جعل المدة في النكاح الفاسد ثلاث حيضات بعد المقاربة  
أو الوفاة » أما الجعفرية الذاهبون إلى أن المراد بالقروء الأطهار فإنهم يقولون :  
إذا طلقها في الطهر احتسب ذلك الطهر من المدة وإن حاضت بعد لحظة من  
الطلاق ، وعليها انتظار طهرين كاملين آخرين ، فإذا بدأت الحيضة بعد ذلك  
انتهت عدتها .

وهذا في ذات الأقراء المستقيمة الحيض بأن يكون لها عادة مضبوطة وقتاً،  
وغير مستقيمة الحيض يرجع إلى التمييز ثم إلى عادة نساؤها إن كانت مبتدأة ،

فإن لم يكن لها نساء ترجع إليهن تعدد بالأشهر كما سيأتي توضيحه .  
والمرجع في انقضاء العدة بالحيض هو قول المرأة بشرط أن تكون الفترة  
التي مضت تحتل ثلاث حيضات وهي ستون يوماً عند أبي حنيفة وعليه  
انفتوى .

وقانون حقوق المرأة في المادة ١٣٩ بنص على أنها لا تصدق قبل مضي  
ثلاثة أشهر .<sup>١</sup>

### ١ النوع الثاني - العدة بالأشهر

وتكون لمن فارقها زوجها بعد الدخول بسبب من أسباب الفروقة غير الوفاة  
وكانت لا تحيض لصغرها وإن بلغت بالسن ولم تر الحيض ولم تكن حاملاً أو  
بلوغها سن اليأس<sup>(١)</sup> .

كما تكون لمن توفي عنها زوجها بعد العقد الصحيح ولو قبل الدخول إذا لم  
تكن حاملاً صغيرة كانت أو كبيرة تحيض أو لا تحيض .

غير أن هذه العدة صنفان . الأول ثلاثة أشهر وهي بدل عن الحيض ،  
والثاني أربعة أشهر وعشرة أيام وهي أصل وليست بدلاً عن غيرها .

والدليل على الأول قوله تعالى : « واللاتي يشن من المحيض من نسائكم إن  
ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن » الطلاق - ٤ . فهذه الآية جعلت  
العدة ثلاثة أشهر لنوعين من النساء . من بلغت سن اليأس ، ومن لم تحض  
لعدة .<sup>٢</sup>

(١) « تلف في سن اليأس . فقبل إنه غير مقدر لاختلافه باختلاف النساء فيفوس إلى  
المرأة . » إنه مقدر واختلفوا في تقديره على أقوال أشهرها أنه خمس وخمسون سنة وبه أخذ  
المذاهب . وعند الجعفرية خمسون سنة . وقيل هذا في غير القرشية أما هي فسن ياسها ستون سنة .

وإنما جعلت ثلاثة أشهر لأنها قائمة مقام ثلاث حيضات حيث جعلت بدلاً عنها بدليل أنها لو حاضت انتقلت عدتها إلى الحيض وألغى اعتبار الأشهر ، ولأن الغالب في المرأة أنها تحيض كل شهر مرة فاعتبرت مدة الثلاث حيضات .

هذا هو مذهب الحنفية في المفارقة بعد الدخول أو الخلوة في النكاح الصحيح ، وبعد الدخول أو الوفاة في النكاح الفاسد والوطء بشبهة ، وعليه سار قانون حقوق العائلة في المادة ١٤١ ونصها : « مدة عدة المرأة المنكوحة بمقد صحيح ثلاثة طلبها زوجها أو فرق بينها بالفسخ بعد الاجتماع وكانت بلغت سن اليأس هي ثلاثة أشهر » ، وفي المادة ١٤٢ ونصها : « أحكام المواد السابقة جارية أيضاً في المرأة المغاربة بنكاح فاسد أو المتوفى عنها زوجها » .

ويلاحظ هنا أن القانون اقتصر في المادة على من بلغت سن اليأس ولم يعرض لعدة الصغيرة فيها ، لأنه منع زواج الصغيرة التي لم تبلغ الحيض - م ١٤١ (١) ، واعتبر زواجها فاسداً في المادة - ٥٢ ، (٢) فتكون داخلة في المادة - ١٤٢ - ولا تجب عليها العدة إلا في المفارقة بعد الدخول الحقيقي .

ونذهب الجعفرية <sup>عليها السلام</sup> التي تمتد بالأشهر الثلاثة من بلغت سن الحيض وهو تسع سنوات ، اكتملت لا يحصل لها الحيض إما بالخلقة أو بعارض من مرض أو رضاع ولم تكن حاملاً إذا حصلت الفرقة بعد الدخول لسبب غير وفاة الزوج (٣) .

(١) ونصها : « لا يجوز لأحد أصلاً أن يزوج الصغير الذي لم يتم السنة الثانية عشرة من العمر والصغيرة التي لم تتم التاسعة من العمر » .

(٢) ونصها : « إذا كان أحد الطرفين غير حائز شروط الأهلية حين العقد فالنكاح فاسد » .

(٣) فقه الإمام جعفر ج ٦ ص ٣٣ .



أما التي لا تحيض لصغرها بأن لم تبلغ تسع سنوات أو لبلوغها سن اليأس، فلا عدة عليها<sup>(١)</sup> إلا عدة الوفاة عند وفاة زوجها .

قالوا : إن أول الآية خاص بالمستاربة وهي الكبيرة التي انقطع حيضها بغير سبب تعرفه بدليل قوله : « إن ارتبتم » ، وآخرها في الصغيرة التي بلغت سن الحيض ولكنها لم تحض خلقة أو انقطع حيضها بسبب معروف من رضاع أو مرض أو غيرها .

وجهور أهل السنة يقولون : إن الآية أوجبت الاعتداد بالأشهر الثلاثة على من لم تحض سواء بلغت بالسن أو لم تبلغ بآخرها « واللاتي لم يحضن » وهو مطلق يبقى على إطلاقه ولا دليل يقيد هذا الإطلاق بمن بلغت بالسن ، وعلى من بلغت سن اليأس « واللاتي يشن من المبيض » وهذه ترتاب في أمر حيضها ، لأن طور اليأس عند المرأة يبدأ عادة باضطراب عادتها في المبيض بالطول والقصر ، والقرب والبعد ، واختلاف لون الدم ، وفي هذه الحالة يعترها الشك في دمها هل هو دم حيض أو استعاضة ، ثم يأتي بعد ذلك دور الانقطاع التام ، ولا أدل على ذلك من الاختلاف بين الفقهاء في تقديره ، فإذا دخلت المرأة دور الارتباب تكون عدتها ثلاثة أشهر ، ويستمر كذلك في الدور الثاني حيث لا حيض من باب أولى ، ففائدة التقيد لتدخل المرتابة ، ومعنى « إن ارتبتم » إن حصل لكم ربية في دم المرأة البالغة مبلغ اليأس أهو حيض أو استعاضة .

ومع اختلاف المذهبين في من تمتد بالأشهر الثلاثة اتفاقا على أنها تكون كاملة وتعتبر بالأهلة إذا ابتدأت المدة في أول الشهر وإن نقص بعضها عن ثلاثين يوما ،

---

(١) هذا هو المشهور عندهم فيمن بلغت سن اليأس ، وفي قول : إنه يجب عليها المدة لعموم الآية « واللاتي يشن من المبيض من نساءكم » .

أما إذا ابتدأت في أثناء الشهر احتسبت بالأيام عند أبي حنيفة فتكون تسعين يوماً .

وعند الصاحبين والجعفرية يكمل عدة الشهر الأول ثلاثين يوماً من الشهر الرابع ، ويحتسب الشهران المتوسطان بينهما بالأهلة .

الصنف الثاني وهو الاعتداد بالأشهر التي هي أصل : يكون لمن توفي عنها زوجها بعد عقد صحيح ولو قبل الدخول إذا لم تكن حاملاً يستوي في ذلك ذوات الحيض وغيرها ، وهذه تعد أربعة أشهر وعشرة أيام ، وهذه متفق عليها بين الفقهاء لم يخالف فيها أحد . صغيرة كانت أو كبيرة بالغاً كان زوجها أو لا . لقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتريصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » والحكمة في هذا التقدير : أن هذه المدة هي التي يتبين فيها كون الزاوة حاملاً أو غير حامل ، لأن الجنين يمر بعدة أطوار . أربعون يوماً نطفة ، وأربعون علقة ، وأربعون مضغة ، ثم تنفخ فيه الروح ، ولأن هذه المدة - كما قالوا - هي أقصى ما تتحمله الزوجة عادة في البعد عن زوجها .

والأشهر هنا كاملة بالأهلة إذا ابتدأت العدة من أول شهر ، وتنتهي في نهاية اليوم العاشر بعد الأربعة ، وإذا ابتدأت في أثناء الشهر يجري فيها الخلاف السابق . فعند أبي حنيفة تكون مائة وثلاثين يوماً ، وعند الصاحبين والجعفرية يكمل الشهر الأول من الخامس وما بينهما بالأهلة .

وقانون حقوق العائلة في المادة ١٤٣ ينص على أنه : « يلزم على المرأة المتوفى عنها زوجها والمنكوحه بنكاح صحيح ما عدا المعامل أن تعد بأربعة أشهر وعشرة أيام سواء حصل الاجتماع أم لا » .

ويلاحظ هنا أن النكاح الفاسد والوطء بشبهة ليس فيها اعتداد بأربعة أشهر

وعشرة أيام حالة الوفاة ، لأن عدة الوفاة ملاحظ فيها إظهار الأسف على نعمة الزواج وهو لا يكون إلا في التكاح الصحيح .

### النوع الثالث - العدة بوضع الحمل

يرى الحنفية : أن المرأة الحامل إذا انتهى زواجها بطلاق أو فسخ أو وفاة زوجها تعتد بوضع الحمل دون قيد بزمان . سواء كان الحمل من زواج صحيح أو فاسد أو مقاربة بشبهة لقوله تعالى : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » الطلاق - ، « وهي عامة في المطلقات والمتوفى عنهن أزواجهن وإن كانت سباقها في المطلقات ، لأنها نزلت بعد آية البقرة وهي قوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتريصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » فتكون ناسخة لمعومها أو مخصصة لها

ويؤيد ذلك ما أخرجه عبد الله بن أحمد في رواية المسند عن أبي ابن كعب قال : « قلت يا رسول الله . وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » هي المطلقة ثلاثاً أم المتوفى عنها ؟ قال : « هي المطلقة ثلاثاً والمتوفى عنها » .

وروي عن ابن مسعود أنه قال : « نسخت سورة النساء القصرى كل عدة » « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » أجل كل حامل مطلقة أو متوفى عنها زوجها أن تضع حملها .

وكذلك روى عن أبي سعيد الخدري أنه قال : نزلت سورة النساء القصرى بعد التي في البقرة بسبع سنين ، وروى البخاري عن المسور بن مخرمة أن سبيعة الأسلمية نفست بعد وفاة زوجها بلبال فجاءت إلى النبي ﷺ فاستأذنته أن تنكح فأذن لها فنكحت ، « وفي لفظ أنها وضعت بعد وفاة زوجها

بأربعين ليلة (١) .

وعلى هذا لو وضعت حملها بعد وفاة زوجها بفترة وجيزة انتهت عدتها  
وحلت للأزواج ، وليس عليها عدة وفاة بالأشهر ، ومن هنا قال عمر رضي الله  
عنه : « لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن  
تزوج » .

ولكنهم شرطوا في الحمل الذي تنتهي المدة بولادته أو باسقاطه أن يكون  
مستبين الخلقة كلها أو بعضها سواء ولد حياً أو ميتاً ، فإذا لم يكن مستبين  
الخلقة بأن كان علقه أو مضغه غير مخلقة فلا تنتهي المدة بوضعه لأنه  
إذا لم يستبين خلقه لا يعلم كونه ولداً بل يحتمل أن يكون وأن لا يكون  
فيقع الشك ، والمدة لا تنتهي إلا مع اليقين .

وبهذا أخذ قانون حقوق العائلة في المادة ١٤٤ ونصها : « يلزم على  
المرأة المنكوحة بمقد صحيح إذا طلقها زوجها أو فرق بينها بالفسخ أو  
توفي عنها زوجها وهي حامل أن تعتد لحين وضع حملها ، وإذا أسقطت  
فإن كان مستبين الخلقة فهو كالحمل ، وإلا فلا تنقضي عدتها به ، بل  
تجري المعاملة وفقاً للأحكام المحررة في المواد السابقة ، وحكم هذه  
الفقرات جار أيضاً بحق المرأة المنكوحة بمقد فاسد إذا فرق بينها أو  
توفي عنها زوجها وهي حامل » .

ويرى الجعفرية : أن الحامل لغير الوفاة تعتد بوضع الحمل ، فلو وضعت  
الطلاق أو الفسخ بلحظة انتهت عدتها ، وكذلك لو أسقطته بشرط  
بكونه آدمياً ولو كان علقه (٢) .

(١) سبل السلام شرح بلوغ المرام ج ٢ ص ١٩٥ وما بعدها .

(٢) يقول المعاملي في اللمعة : « رعدة الحامل وضع الحمل كيف وقع إذا علم أنه آدمي وإن  
كان علقه ووضعت بعد الطلاق بلحظة ولو أسقطته في غير الوفاة » .

أما الحامل المتوفى عنها زوجها فإنها تمتد بأبعد الأجلين ، وضع  
الحمل وأربعة أشهر وعشرا ، فإن وضعت حملها قبل مضي أربعة أشهر  
وعشرة أيام كانت عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام من حين الوفاة ، وإن  
انتهت هذه المدة والحمل لم يوضع كانت عدتها وضع الحمل ، وهو المروى  
عن علي وإبن عباس ، لأنه تعارض فيها آية البقرة مع آية الطلاق وكل  
منها عامة ، ولم يثبت عندهما تأخر إحداهما على الأخرى فعلا بمعومهما ،  
ولعل الأحاديث السابقة لم تبلغها .



## الفصل الثالث

### في تحول العدة من نوع إلى نوع آخر

في بعض الحالات تجب العدة على المرأة بنوع معين ، وتبتديء عدتها ثم يطرأ ما يوجب عليها الاعتداد بنوع آخر ، فقد تجب عليها العدة بالأشهر فتتحول إلى الاعتداد بالقروء ، وقد تجب عليها العدة بالقروء فتتحول إلى الاعتداد بالأشهر ، وقد تجب عليها العدة بالقروء أو بثلاثة أشهر فتتحول إلى عدة وفاة بأربعة أشهر وعشرة أيام ، وقد تجب عليها العدة بالقروء فتتحول إلى الاعتداد بأبعد الأجلين أجل القروء وأربعة أشهر وعشرة أيام . وإليك البيان :

١ إذا وجبت العدة بالأشهر لغير وفاة بأن كانت صغيرة أو بلغت سن اليأس ثم جاءها الحيض قبل انقضاء الأشهر الثلاثة وجب عليها أن تستأنف عدة جديدة بثلاث حيضات عند الحنفية <sup>(١)</sup> ، لأن الاعتداد بالأشهر وجب عليها

---

(١) هذا هو الراجح في ملهب الحنفية في تحول اعتداد من بلغت سن اليأس إلى الحيض ، وهذا مبني على أن الأيس ليس له وقت معين ، بل يرجع إلى غلبة ظن المرأة ، فإن غلب على ظنها أنها بلغت سن اليأس ثم رأت الدم تبين خطأها في هذا الظن فتعتمد بالقروء ، وفي رواية أخرى أن هذه المرأة لا تنتقل عدتها إلى القروء بل تكمل عدتها بالأشهر ، وهي مبنية على أن الأيس له سن معينة وهي خمس وخمسون سنة ، فإذا بلغت هذه السن تمتد بالأشهر ، ومما تراه بعده من الدم لا يكون دم حيض .

أولا لأنها ليست من ذوات الحيض ، فكانت الأشهر الثلاثة بدلا عن الحيضات ،  
وحيث وجد الأصل قبل أن يتم المقصود بالبدل سقط اعتبار البدل ، وكانت  
داخلة تحت قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » الذي هو  
الأصل في العدة .

أما إذا جاءها الحيض بعد تمام الأشهر الثلاثة فلا يجب عليها الاعتداد  
بالحيض ، لأن العدة تمت وحصل المقصود بالبدل قبل وجود الأصل ، فلا يبطل  
حكمه كمن تيمم لعدم وجدان الماء وصلّى ثم وجد الماء بعد انتهاء الوقت المحدد  
للصلاة فلا يجب عليه الرضوء وإعادة تلك الصلاة .

لكن يلاحظ هنا أن هذه المرأة أصبحت من ذوات الحيض ، فلو وجبت  
عليها عدة بعد ذلك بأي سبب اعتدت بالحيض لا بالأشهر .

وعند الجعفرية : من وجبت عليها العدة بالأشهر بأن كانت في سن تحيض فيه  
لكنها لا يحصل لها الحيض بالمتاد ، أو انقطع عنها الحيض لعارض من مرض  
أو رضاع مثلا ثم جاءها الحيض تحولت عدتها إلى القروء وهي ثلاثة أطهار<sup>(١)</sup>  
كما سبق بيانه .

٢ - من كانت من ذوات الحيض فابتدأت عدتها به وحاضت مرة أو  
مرتين ثم بلغت سن اليأس تحولت عدتها إلى الأشهر عند الحنفية ، فتستأنف  
عدة جديدة بثلاثة أشهر كاملة ، لأن العدة إما بالقروء وهي ثلاثة ، وإما  
بالأشهر وهي ثلاثة ، ولكل منهما صنف . وحيث إنها لم تكمل العدة بالحيض  
وصارت آيسة فتعبد عدة الآيسة .

والجعفرية يذهبون إلى أنها تكمل عدتها بالأشهر ، فتحسب الحيضة بشهر  
فلو رأت الحيض مرة ثم بلغت سن اليأس أكملت العدة بشهرين .

(١) كما يقول الحلبي في شرائع الإسلام ج ٢ ص ٦٢ ،



٣ - من طلقها زوجها طلاقاً رجعياً ثم مات وهي في العدة تحولت عدتها من عدة طلاق سواء كانت بالحيض أو بالأشهر إلى عدة الوفاة وهي أربعة أشهر وعشرة أيام تبدأ من وقت الوفاة . يستوي في ذلك أن يكون زوجها طلقها في صحته أو مرضه الأخير ، لأن المطلقة رجعياً زوجيتها باقية من كل وجه ما دامت العدة ، ولذلك ترثه ، وعلى الزوجة غير العامل التي توفى زوجها اعتداد بهذه العدة لقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً ربيصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » وهذه لا خلاف فيها بين الفقهاء .

٤ - من طلقها زوجها طلاقاً بائناً ومات في عدتها فإنها تكمل العدة التي بدأتها سواء كانت بالأشهر أو بالحيض ، ولا يجب عليها استئناف عدة الوفاة ، لأن الطلاق البائن يزيل الملك فزوجيتها غير قائمة ولذلك لا ترثه . هذا إذا لم يكن الطلاق فراراً من إرثها بإياه بالاتفاق .

فإن تبين أنه قصد بالطلاق الفرار من ميراثها بأن طلقها الثالثة في مرض موته بغير<sup>(١)</sup> رضاها ثم مات وهي في العدة فإنها ترثه باتفاق الحنفية والجمهورية ولكن الخلاف بينهم في تحول عدتها .

فذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أن عدتها تتحول إلى أربعين الأجلين وهما عدة الوفاة وعدة الطلاق فأيتها أطول فهي عدتها ، فإن كانت عدة الطلاق بالأشهر اعتدت بأربعة أشهر وعشرة أيام من وقت الوفاة ، وإن كانت بالحيض وحاضت ثلاث حيضات قبل أن تمضي أربعة أشهر وعشرة أيام من وقت الوفاة فعدها تمام هذه المدة ، وإن مضت المدة قبل أن تم ثلاث حيضات لا تنتهي عدتها إلا بأكمال الحيضات الثلاث . وهذا الرأي هو الحق في المذهب وعليه العمل بمصر .

(١) على ما هو المعمول به في مصر .

وإنما وجب عليها أطول المدتين لأنها باعتبار أنها مطلقة بائناً ليست بزوجة وقت الوفاة فلا تجب عليها عدة الوفاة ، بل تجب عليها عدة الطلاق ، وباعتبار أنها ورثت من مطلقها والميراث لا يكون إلا للزوجة اعتبر الزوج قائماً محكماً وقت الوفاة فتجب عليها عدة الوفاة ، فمراعاة للاعتبارين وجب عليها عدة الطلاق والوفاة ، وتتداخل المدتان لأن أقلها داخل في أطولها .

وذهب أبو يوسف والمجفرية إلى أنها تمتد عدة الطلاق فقط ، لأن الزواج قد انقطع بالطلاق البائن فلم تكن زوجة حين الوفاة ، واعتبار الزوجية قائمة وقت الوفاة في حق الميراث فقط لقيام الدليل على ثبوته على خلاف القواعد ، وهو معاملة الزوج بنقيض مقصورة فيقتصر على موضعه دون أن يتعدى إلى العدة .

وعلى هذا الرأي سار قانون حقوق العائلة فالمادة ١٤٧ تنص على أنه : « إذا توفي زوج الممتدة بالطلاق الرجعي تسقط عدة الطلاق ويلزم الاعتداد بعدة الوفاة من جديد » ، ولا تلزم في الطلاق البائن بل تكمل عدة الطلاق ، فيكون المعمول به في لبنان لا تحول في العدة للطلاق البائن .

وبما يلحق بصور تحول العدة صورتان، معروفتان عند الفقهاء بممتدة الحيض وممتدة الطهر ، فالأولى : من وجبت عليها العدة بالقرء لأنها من ذوات الحيض إذا استمر نزول الدم عليها دون انقطاع وأصبحت بحالة لا تستطيع تمييز أيام طهرها من أيام حيضها ولم تكن لها عادة معروفة ، أو كانت لها عادة ونسبتها وتسمى أيضاً ( بالمتحيرة ) . فهذه المرأة لو كانت منتظمة الحيض لاعتدت بثلاث حيضات ، ولكن استمرار نزول الدم عليها وجهلها بمادتها تحيرت لا تدري أي أيامها تكون حيضاً وأياً تكون بمثابة الطهر فحيرت الفقهاء ممها .

واللعنفية فيها رأيان :

أولها : أنها تمتد بسبعة أشهر من وقت حصول الفقرة بينها وبين زوجها باحتساب شهر لثلاث حيضات باعتبار أن أقصى مدة الحيض عشرة أيام ، واحتساب ستة أشهر لثلاثة أطهار لكل طهر شهران أي أربعة أمثال أقل مدة للطهر وهي خمسة عشر يوماً للاحتياط ، وليس على هذا دليل مقبول رغم أنه المفقى به في المذهب .

وثانيهما : أنها تمتد بثلاثة أشهر بناء على أن الفالب والكثير في النساء وقوع الحيض مرة كل شهر . وهذا الرأي أقرب إلى القبول من سابقه .

والجعفرية يذهبون إلى أنها إذا نسيت عاداتها وكان لأقربائها أو أقرانها عادة في ذلك معروفة اعتدت بمثلها ، فإن كانت غير معروفة أو مختلفة تحولت عديتها إلى ثلاثة أشهر .

والثالثة : وهي ممتدة الطهر ، ويسميا الجعفرية بالمستراية وهي المرأة التي رأت الحيض ولو مرة واحدة لمدة ثلاثة أيام وهي أقل مدة الحيض ، ثم انقطع عنها واستمر طهرها بعد ذلك ، فإذا حصلت الفقرة بينها وبين زوجها بطلاق أو فسخ فلا تنقضي عديتها إلا بثلاث حيضات ، لأنها لما حاضت صارت من ذوات الحيض فلا تمتد بغيره لاحتمال أن يعاودها مرة أخرى ، فإن جاءها الحيض اعتدت به وإلا انتظرت حتى تبلغ سن اليأس فتعته بثلاثة أشهر .

هذا هو مذهب الحنفية الذي كانت المحاكم المصرية تدير عليه ، وهو كما ترى يفتح الباب أمام المرأة المطلقة ويعد لها من الزمن ما تشاء تطلب فيه النفقة لمدتها من طلقها ما لم تقر بانقضائها لأن الحيض لا يعلم إلا من جهتها ، وفي وقائع كثيرة تمتعت المطلقة إنكار الحيض تطويلاً للمدة لتأخذ نفقة بدون وجه حق الأمر الذي جعل المشرع يبعث عن حل لتلك المشكلة ، فجاء العلاج في أول تقنين في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ حيث عاجلت مادته الثالثة ذلك بالعدول عن

منه اخسية والأخذ بهذه المالكية<sup>(١)</sup> وعند التطبيق ظهر أن هذا الحل لم يعالج المشكلة من أساسها، وكل ما فعله أنه خفف المدة فقط لأن المرأة تستطيع في ظل هذا المذهب الداعي عدم انقضاء عدتها وتأخذ نفقة مدة ثلاث سنوات إن لم تكملها خمس سنوات إذا كانت مرضعا.

فكان لابد من إعادة النظر من جديد فجاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يقرر في المادة ١٧ على أنه : « لا تسمع الدعوى بنفقة عدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق » ، وحدد السنة بـ ٣٦٥ يوما ، وبينت المذكرة التفسيرية لهذا القانون أن هذا مبني على ما ثبت من تقرير الطبيب الشرعي أن أقصى مدة للعمل سنة ، وعلى أن لولي الأمر أن يمنع القضاة عن سماع الدعوى التي شاع فيها التزوير والاحتيال .

(١) وهو ينص على أن المرأة إذا انقطع حيضها بأي سبب من مرض أو غيره فاتها تنتظر تسعة أشهر من الطلاق لتتحقق من براءة الرحم وخلوه من الحمل لأنها مدة الحمل غالبا ، فإذا انقضت هذه الأشهر ولم يظهر بها حمل اعتدت بثلاثة أشهر كالأيسة من الحيض ، فإن مضت هذه المدة دون أن ترى الحيض فيها انقضت عدتها وحلت للأزواج ، فإذا جاءها الحيض في أثنائها تلك السنة ولو في آخر يوم منها انتظرت الحيضة الثانية أو تمام سنة بيضاء لا حيض فيها ، فإن تمت السنة ولم تر الحيض انقضت عدتها ، وإن رأت الحيض فيها ولو في آخر يوم منها انتظرت الحيضة الثالثة أو تمام سنة بيضاء فتكون العدة ثلاث سنوات وهي أطول عدة .

وإن انقطع حيضها بسبب الرضاع فإن عدتها تنقضي بمضي سنة بيضاء بمدا انتهاء زمن الرضاع وهو سنتان ، فإن جاءها الحيض في هذه السنة ولو في آخر يوم منها انتظرت الحيضة الثانية أو تمام سنة بيضاء ، فإن تمت ولم تر الحيض انقضت عدتها ، وإن رأت الحيض فيها ولو في آخرها انتظرت الحيضة الثالثة أو تمام سنة بيضاء ، فإن حاضت الثالثة أرمضت السنة البيضاء انتهت عدتها « لشرح الكبير بحاشية الدسوقي ج ٢ ص ٤٧٠ .

وفي الموطأ بشرح الباقبي ج ٤ ص ١٠٨ إن دليلهم على ذلك ما أورع عن عمر أنه أفتى في المرأة تكون من نوات الأقراء وتطلق فيرتفع حيضها : بأن تاربع تسعة أشهر فإن ظهر بها حمل وإلا اعتدت بثلاثة أشهر بعد التسعة « ولأن المقصود من المدة معرفة براءة الرحم : » من الحمل وهذه المدة كافية في ذلك فيكتفى بها .

وهذا القانون عالج موضوع نفقة العدة فقط لأنه موضع الشكوى ، ولم يعرض لانتهاه العدة أو بقاءها ولا لحل تزوجها برجل آخر أو عدم حلها ، لأنها أمور موكولة لدين المرأة وهي خاصة بها لا ضرر فيها على المطلق ، فمتى ما تعارف بانقضاء عدتها تحل للأزواج وهي مصدقة في ذلك إن كانت المدة تحتمل ثلاث حيضات ، وأقل مدة تصدق فيها على ما هو الحق به في مذهب الحنفية ستون يوماً وقد سبق توجيهه .

وقانون حقوق العائلة : يصرح بأن هذه المرأة التي امتد طهرها إن كانت بلغت سن اليأس اعتدت بثلاثة أشهر من تاريخ بلوغها تلك السن ، وإن لم تكن تكن بلغت اعتدت بتسعة أشهر اعتباراً من وقت لزوم العدة أي وقت الطلاق أو الفسخ . جاء ذلك في المادة ١٤٥ ونصها :

« إذا لم تمر الممتدة الحيض أصلاً خلال المدة المذكورة ( يقصد الثلاثة أشهر المذكورة في المادة قبلها ) أو رأت حيضة أو حيضتين ثم انقطع الحيض فإن كانت بلغت سن اليأس اعتدت بثلاثة أشهر من تاريخ حصولها ، وإن لم تكن بلغت فتعتد بتسعة أشهر اعتباراً من زمن لزوم العدة » .

ولعل وجهة نظر واضعيه أن هذه المرأة لما انقطع حيضها وجد احتمال أنها حامل فتتظار مدة الحمل الغالبة وهي تسعة أشهر ، ولو كانت حاملاً لوضعته فيها ، وبمضيها نعلم براءة الرحم .

أما الجعفرية : فإن المرأة التي لم يستقم حيضها تعد بثلاثة أشهر كما سبق ، فإن رأت الدم في هذه الأشهر الثلاثة مرة أو مرتين ثم احتبس لأي سبب إلى أن انقضت الأشهر الثلاثة انتظرت تمام الأقراء لأنها قد استرايت بالحمل غالباً فتتظار مدة الحمل وهي تسعة أشهر من حين الفارقة ، فإن تمت أقرؤها الثلاثة فيها أو وضعت حملاً انتهت عدتها ، وإن لم يوجد أحد الأمرين اعتدت بمدة

التسعة بثلاثة أشهر إن لم تتم الأقرام قبلها ، فتكون عدة هذه المرأة سنة كاملة قالوا : وهذه أطول عدة <sup>(١)</sup> .

ولا شك أن هذا أيسر مما ذهب إليه الحنفية من أنها تنتظر إلى أن تبلغ سن النياس ثم تمتد بثلاثة أشهر . ويؤيده فتوى عمر التي استند إليها المالكية .

(١) يقول العاملي في اللمعة ج٦ ص ٩٠ بعد تفصيل هذا القول : والضابط أن المتعة في غير الوفاة إن مضى لها ثلاثة أقرام قبل ثلاثة أشهر انقضت عدتها بها ، وإن مضى عليها ثلاثة أشهر لم ترفيها حيفاً انقضت عدتها بها ، وإن رأت الدم قبل انقضائها ولو بلحظة فصكمتها ما سبق من انتظار أقرب الأمرين من قام الأقرام ووضع الولد ، فإن انتقيا اعتدت بمسدة تسعة أشهر بثلاثة أشهر إلا أن يتم لها ثلاثة أقرام في الثلاثة الأشهر الأخيرة بأن رأت الدم في الثلاثة الأول للتسعة بالطلاق لم تمت في الثلاثة الأخيرة ا.هـ .

هذا هو أشهر الرأيين عند الجعفرية على اعتبار أن أقصى مدة الحمل تسعة أشهر ، وفي رأي آخر أقصاها سنة ، وعلى هذا الرأي الأخير تنتظر تمام السنة فإن لم تتم فيها الأقرام أو لم تضع حلاً اعتدت بعدها بثلاثة أشهر أخرى . يقول الشيخ محمد جواد مغنية في صكتاب قله الأمام جعفر ج ٥ ص ٣٠٣ بعد حكاية القولين السابقين إن الأول محمول على القالب وأن أقصاه سنة هو الذي قام عليه الدليل وهو قول الأمام ،

انظر ههنا ما جاء في نفس الكتاب ج ٦ ص ٣٠٢ قال صاحب المدائني : والأصل في هذا الحكم ( رأي السراية بالحمل ) ، ما رواه الشيخ في التهذيب إن الأمام الصادق سئل عن رجل طلق امرأته نطليقة ، على طهر من غير جماع طلاق السنة وهي من حيض فمضى ثلاثة أشهر فلم تحض إلا حيضة واحدة ثم ارتفعت حيضتها حتى مضت ثلاثة أشهر أخرى ولم تدر ما وضع حيفها ، قال : إذا كانت شابة مستقيمة الطمث ولم تطمت في ثلاثة أشهر إلا حيضة فإنها تتربع تسعة أشهر من يوم طلاقها ثم تمتد بعدها بثلاثة أشهر . اهـ

## الفصل الرابع

### في مبدأ العدة وانتهائها

أما مبدأ العدة فيختلف باختلاف عقد الزواج السابق عليها ، فإن كانت  
الفرقة بعد نكاح صحيح يموت الزوج ولو قبل الدخول أو بطلاق أو فسخ بعد  
الدخول فابتداء العدة بمجرد وقوع الفرقة وإن لم تعلم بها المرأة ، فإذا وجد سبب  
الفرقة ولم تعلم به المرأة إلا بعد مدة احتسبت العدة من وقت حصول سببها  
لا من وقت علم المرأة بها ، بل قد تنتهي العدة دون أن تعلم . وذلك لأن العدة  
مدة حددها الشارع بعد حصول سببها فتوجد دون توقف على العلم بها .

فلو ادعت المرأة على زوجها بأنه طلقها في وقت سابق حينته ، فإما أن  
يصدقها الزوج في دعوها أو ينكر ، فإن أنكرها وأقامت الزوجة البينة على  
دعواها وحكم لها القاضي بصحة دعواها احتسبت العدة من الوقت الذي أثبتته  
البينة لا من وقت الحكم ، وإن لم تقم بينة رفضت دعواها .

وإن صدقها في دعواها وأقر بما ادعته أو أقر هو به ابتداء بدون دعوى منها

فإن المدة تحتسب من الوقت الذي أسند الطلاق إليه لا من وقت الأقرار إذا لم يكن في إقراره أو تصديقه لها تهمة .

فإن كان في أحدهما تهمة احتسبت المدة من وقت الأقرار نفياً للتهمة .

ومن أمثلة ما فيه تهمة : أن يكون الزوج مريضاً مرض الموت ، لأنه في هذه الحالة يحتمل أن يكون قد اتفق معها على ذلك لتصبح أجنبية بانتهاء عدتها قبل وفاته ليصل إلى غرض لا يمكنه الوصول إليه مع قيام الزوجية كأقراره لها بدين حال مرضه مثلاً .

ومنها أن يكون تصديقه لها في دعواها وهو صحيح ليستطيع الزوج بحرم لها لا يمكنه الجمع بينها في المدة .

أما إذا كانت الفرقة بعد الزواج الفاسد فإن المدة تبدأ من وقت متاركة لها بظهار عزمه على ترك قربانها أو وقت تفريق القاضي بينها أو وقت موته مباشرة .

وعدة الوطء بشبهة تبدأ من آخر مقاربة لها عند زوال الشبهة بعلمه أنها غير زوجته وأنها لا تحل له ، لأن سبب المدة هنا هو الوقاح بشبهة أنها زوجته حيث لا عقد هنا .

هذا هو مذهب الحنفية وهو المعمول به في مصر .

أما قانون حقوق المأثلة فينص في المادة ١٤٥ على أن : « مبدأ المدة في المواد السابقة من وقوع الطلاق أو الفسخ أو وفاة الزوج ولو لم تطلع الزوجة على ذلك » .

أما الجمهرة : فتبدأ المدة عندهم بعد الطلاق أو الفسخ مباشرة في النكاح



الصحيح ، وكذلك بعد موت الزوج الحاضر مباشرة ولو لم تعلم المرأة بموته إلا بعد حين ، ويتصور ذلك بأن يموت الزوج في حادثة وتضي أيام دون علمها بموته .

غير أنه لو علمت بطلاق الفائب ولم تعلم وقت إيقاعه اعتدت عند بلوغها خبر الطلاق .

وأما في حالة وفاة الزوج الفائب فتبدأ المدة من وقت بلوغ خبر الوفاة إليها لا من وقت الوفاة<sup>(١)</sup> ولو أخبرها غير المدل لكتنها لا تتكح غيره إلا مع الثبوت للموت شرعاً عند الحاكم أو بشهادة عدلين .

وتعتمد بعد الوطء بشبهة ( وهو الوطء الذي يعذر فيه صاحبه ولا يجب عليه الحد به ) من حين الوطء الأخير يستوي في ذلك المسبوق بمقد وغير المسبوق به ، لأن الشبهة عندهم على قسمين . شبهة المقدم مع الوطء ، وشبهة الوطء من غير عقد ، ومعنى الأولى أن يجري عقد زواجه على امرأة ثم يتبين فساد العقد<sup>(٢)</sup> .

---

(١) قالوا في الفرق بين طلاق الفائب وموته . بأن عدة الأول من وقت الوقوع . والثاني من وقت العلم : إنه في عدة الوفاة يلزمها الحداد ولا يتم إلا بعد بلوغها الخبر بموته و الروضة البيية شرح الفمعة ج ٦ ص ٦٣ .

وفي هذا الفرق نظر: لأن الحداد لازم للمتوفي عنها زوجها مطلقاً يسري في ذلك موت الحاضر والفائب وقد قلتم في موت الحاضر تبشده المدة من وقت الموت وإن تأخر علمها وكان مقتضى ذلك التسوية في الحكم بين موت الحاضر والفائب .

(٢) جاء في كتاب فقه الإمام جعفر الصادق ج ٥ ص ٣٠٣ : إن الشبهة على قسمين . شبهة المقدم مع الوطء . وشبهة الوطء من غير عقد ومعنى الأول ، أنه يجري عقد زواجه على امرأة ثم =

ولو أقر الزوج بطلاقها في زمن مضى فإن أقام بينة كانت العدة من الوقت الذي عينه ، وإن لم يعم بينة تُقبل لإقراره في حق نفسه ، وأما في حقها فيثبت من وقت الأقرار ، فتبتديء عدتها من وقت الأقرار بشرط أن يكون الوقت الذي أضاف إليه الطلاق يملك فيه الطلاق .

#### انتهاء العدة :

تنتهي العدة إذا كانت بالأشهر بغروب شمس آخر يوم منها .

وإذا كانت بالقروء فعند من يفسرها بالحيض تنتهي بانقطاع دم الحيضة الثالثة إن انقطع لأكثر مدة الحيض وهي عشرة أيام ، فإن انقطع قبل عشرة أيام فلا تنتهي العدة إلا إذا طهرت من الحيض إما بالاغتسال أو التيمم سواء صلت أو صارت الصلاة ديناً في ذمتها .

وإذا ادعت أنها حاضت ثلاث حيضات لا تصدق إلا إذا كانت المدة تحتمل ذلك ، وأقلها عند أبي حنيفة ستون يوماً ، وعند الصحابين تسعة وثلاثون يوماً كما قدمناه (١) .

وأما من يفسر القروء بالأطهار ومنهم الجعفرية الذين يعتبرون الطهر الذي وقع فيه الطلاق أحدها فإنها تنتهي عندم برؤية الدم من الحيضة الثالثة بعد الفرق ، وأقل مدة تصدق فيها المرأة التي ادعت انتهاء عدتها ستة وعشرون يوماً ولحظتان مع ملاحظة أن اللحظة الأولى من العدة والثانية ليست منها ، وهي

---

= يتبين فساد المدعى بسبب من الأسباب الموجبة للفساد ، ومنه الثاني أن يقع على امرأة من غير أن يكون بينهما عقد صحيح ولا فاسد بل يقارنها مستفداً أنها تحمل له ثم يتبين العكس ، ويدخل في ذلك وطء المجنون والسكران والناتم لأجنبية .

(١) في بحث الرجعة ص ٥١٠ من هذا الكتاب .

روية الدم من الحيضة الثالثة ، بل هي أماره على الخروج من العدة .

وإن كانت العدة يوضع الحمل فتنتهي إذا كان الحمل واحداً بنزوله كله عند الجعفرية ، وينزول أكثره عند الحنفية سواء نزل حياً أو ميتاً ، وإن كان الحمل أكثر من واحد فلا تنتهي العدة إلا بنزول آخر التوائم ، لأن الحمل اسم لجميع ما في البطن باتفاق الحنفية والجعفرية .

وفي ختام هذا الفصل نذكر مسألتين يكثر وقوعها .

الأولى : ما إذا تزوج الرجل بطلقة في عدتها ثم طلقها . وفيها التفصيل الآتي :

إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً رجعيّاً وهو لا يكون إلا بعد الدخول ، ثم راجعها في عدتها ، ثم طلقها ثانياً بعد المراجعة وجب عليها استئناف عدة لهذا الطلاق الثاني سواء دخل بها بعد المراجعة أو لم يدخل بها باتفاق الحنفية والجعفرية ، لأن العدة الأولى انتهت بالرجعة <sup>(١)</sup> وهي تعتبر مدخولاً بها .

وإذا طلقها بائناً مرة أو مرتين بعد الدخول بها ثم تزوجها في عدتها ودخل بها ثم طلقها وجب عليها استئناف عدة جديدة ولها كل المهر بالاتفاق بين المذهبين أيضاً ، وإن كان الجعفرية في أحد الرأيين عندهم أنها تكمل العدة الأولى أولاً ثم تستأنف الثانية ، وسيأتي ذلك في المسألة الثانية

أما إذا لم يدخل بها في الزواج الثاني وطلقها فاختلف فيها هل يجب عليها عدة جديدة أو تكمل الأولى فقط ، فأبو حنيفة وأبو يوسف والجعفرية في أصح الرأيين عندهم يذهبون إلى أن عليها عدة جديدة ولا تبني على السابقة ولها مهر كامل ، لأن هذه المرأة بالمعد عليها ثانية عادت إلى ما كانت عليه أولاً وقد كانت

---

(١) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٦٧ ص ٦٨ .

مدخولا بها ، فإذا طلقها بعد العقد الثاني كان طلاقا بعد الدخول حكما فيجب عليها عدة مستقلة ولها مهر كامل مستقل .

وذهب محمد بن الحسن إلى أنه لا تجب عليها عدة جديدة ، بل تكمل العدة الأولى التي عقد عليها فيها ، ويجب لها نصف المهر المسمى أو المتعة إن لم يكن سمى لها مهر آفيه ، لأنها مطلقة قبل الدخول حقيقة ، ويجب عليها إقام العدة الأولى لأنها وجبت بعد الدخول ولم تسقط بالزواج الثاني فيأزم إقامتها . ومع وجاهة رأي محمد إلا أن الفتوى على رأي أبي حنيفة وأبي يوسف ويمر عليه العمل .

#### الثانية تداخل العدتين :

إذا وجب على المرأة عدة لسبب ثم وجب عليها عدة أخرى لسبب آخر فهل تتداخل العدتان بمعنى أنها تعتد للسبب الثاني عدة جديدة ويدخل فيها ما بقي من الأولى ؟

فمثلا إذا وجب على المرأة عدة من طلاق ثم وطئت بشبهة في أثناء عدتها ، أو وطئت المرأة بشبهة وفرق بينها ثم طلقها زوجها . فهل تعتد لكل سبب عدة فتكمل السابقة وتستأنف أخرى ؟

فالحنفية : يذهبون إلى تداخل العدتين بمعنى أنها تعتد عدة كاملة للسبب الثاني ويدخل فيها ما بقي من الأولى ، لأن المقصود الأصلي من شرعية العدة التعرف على براءة الرحم للتلاختلط الأنساب ، وعدة واحدة كاملة بعد وجود السببين كافية في ذلك يستوي في هذا أن تكون العدتان لرجل واحد كما إذا وطء مطلقته بشبهة في عدتها منه بالطلاق ، أو لرجلين كما إذا كان الواطيء بشبهة غير المطلق وسواء كانت العدتان من جنس واحد أو من جنسين .

والجعفرية : في المشهور عندهم لا تتداخل العدتان بل تكمل الأولى ثم

تستأنف الثانية ، لأن الأصل تعدد المسبب لتعدد السبب ، وفي رأي الجماعة من كبار فقهاءهم أنها تتداخلان ويكتفي بعدة واحدة<sup>(١)</sup> .

وبعضهم يفصل بين ما إذا كانت المدتان لرجل واحد فتدخل المدتان وبين ما إذا كانتا لرجلين فلا تدخل<sup>(٢)</sup> .

ونحن نرى أن القول بالتداخل مطلقا أرجح لأن الغرض المقصود من العدة يتحقق به .

---

(١) فقه الإمام جعفر ج ٦ ص ٤٦ ص ٤٢ .

(٢) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٦٨ وعبارته : إذا طلقتا إثنين ثم وطئها بشبهة قيل يتداخل المدتان لأنها لواحد وهو حسن حاملا كانت أو حائلا .



## الفصل الخامس

فيما يجب على المعتدة ويجب لها

يجب على المعتدة أمران :

أولها : البقاء في البيت الذي كانت تسكنه وقت الفرقة لا فرق بين ممتدة الطلاق وممتدة الرقاة عند الحنفية ، فالو كانت وقت الفرقة غير موجودة فيه وجب عليها أن تمرد إليه فوراً ، لقوله تعالى : « يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لمدتهن وأحصوا العدة وانتقوا الله ربكم ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » الطلاق - ١ .

فهذا نهي عن إخراجهن من بيوتهن وهو يقتضي تحريم خروجهن فيكون أمراً بضده وهو البقاء فيها وهو يفيد الوجوب .

فإذا كان الطلاق رجماً فلا مانع من بقائها مع الزوج في مسكن واحد ، لأن هذا الطلاق لا يحرمها على زوجها ، ووجودها كذلك ربما كان سبيلاً إلى مراجعتها .

وإن كان بائناً بقيت في هذا المسكن مع مطلقها لكن في حجرة غير حجرتها

بشوط أن يكون ذا دين يأمن على نفسه من الوقوع في محرم معها ، فإن لم يتوفر هذا الشرط أو لم يكن في المسكن غير حجرة واحدة تركه لها وسكن في مكان قريب منه .

والحكمة في إلزامها بالاعتداد في بيت مطلقها هي تمكن الزوج من مراقبتها وصيانتها في عدتها حتى تنتهي ، وربما كان ذلك طريقاً إلى عودة الحياة الزوجية بينها مرة أخرى فالقرب يجعل الرجل على إعادة التفكير فيما حدث ، وقد ينتهي تفكيره إلى مراجعتها إن كان الطلاق رجعياً ، أو المقد عليها في المدة إن كان بائناً .

وأما المتوفى عنها زوجها فإن وجودها في هذا المسكن الذي عاشت مع زوجها فيه يذكرها به وحياتها منه فيجعلها ذلك على الوفاء له وتنفيذ ما أمرت به من التربص وترك الزينة .

ولا يجوز للمعتدة أن تخرج من منزل المدة إلا لعذر يبيع لها الخروج كخوفها على نفسها ومالها أو إخراجها منه لعدم قدرتها على دفع أجره أو عرضته للانهدام وما شاكل ذلك ، فإن خرجت منه لغير عذر كانت فاشزة فتسقط نفقتها إن كان لها نفقة أثناء المدة

والمعتدة من وفاة أن تخرج لكسب نفقتها وقضاء حوائجها لأنه لا نفقة لها في عدتها وليس لها زوج يقوم بشئونها .

هذا هو الواجب تنفيذه شرعاً وهو ما يجري عليه العمل بالحاكم ، ولكن الناس أختلفوا شيئاً جديداً بشأن مكنتي المطلقة ، فأهل الزوجة يأخذونها إلى حيث يسكنون بمجرد طلاقها لاستقبالهم بقضاء المطلقة في مسكن مطلقها ، وشاع ذلك بينهم حتى أصبح عرفاً مقررأ ، ولعل ذلك يرجع إلى خروج الناس على أدب الإسلام ، فالأحسان الذي أمر به القرآن الأزواج عند المفارقة لم يبق



له موضع عندم ، وأصبح الطلاق لا يقع إلا وسط المنازعات والمخاصمات مما يتعذر معه بقاء المطلقة في مكان واحد مع مطلقها ، فأصبحت الضرورة قاضية بإبعادهما عن موطن الخصام والمنازعة ، ومن هذه الضرورة نقول : إنه يجوز في هذا الزمن خروج المطلقة للاعتداد في بيت أهلها .

أما ما قبل : إن العرف هو الذي يقضي بذلك فلا نسلمه ، لأن هذا عرف فاسد مخالف لصريح القرآن فلا يصلح أن يكون مستنداً لحكم من الأحكام .

أما الجعفرية : فيذهبون إلى أن الممتدة من طلاق رجعي هي التي يجب عليها الاعتداد في منزل الزوجية الذي طلقت فيه ، ولا يجوز لزوجه إخراجها منه لصريح الآية وهي في الطلاق الرجعي ، كما لا يجوز لها أن تخرج منه إلا لضرورة ، فإن خرجت بدونها كانت فاشرة فتسقط نفقتها <sup>(١)</sup> .

أما المطلقة طلاقاً بائناً فقد اتفقوا على أنها تعتد في أي مكان تشاء ، ولا يحق للزوج أن يلزمها ببقائها في منزله لانقطاع العصمة بينها ، وانتفاء التوارث ، وعدم استحقاقها النفقة عليه إلا إذا كانت حاملاً .

أما ممتدة الوفاة فلا يجب عليها الاعتداد في منزل الزوجية بل هو أمر مستحب .

ثم قالوا : إن ممتدة الطلاق الرجعي والوفاة لا تخرج إلى مسكن آخر إلا لعذر ، فإن وجد انتقلت ممتدة الوفاة إلى حيث تشاء ، وممتدة الطلاق الرجعي تنتقل إلى مسكن آخر يختاره لها الزوج .

وثانيهما : الأحاديث وهو ترك الزينة بأنواعها طوال مدة العدة ، ولكنه غير واجب على كل ممتدة .

---

(١) يقول صاحب اللمعة الدمشقية : ولا فرق في تحريم الخروج بين اتفائها عليه وعدمه على الأقوى ، لأن ذلك من حق الله تعالى لقوله : « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن » بخلاف زمن الزوجية فإن الحق لها ، واستقر في التحريم جوازها ، وإنه وهو بعيد .

فالمعتدة من طلاق رجعي لا إحداد عليها بالاتفاق ، لأن زوجيتها قائمة بل يستحب لها التزين لأنه قد يكون طريقاً إلى تجديد رغبة زوجها فيها فيراجعها .

أما المعتدة من وفاة فيجب عليها الأحداث باتفاق الفقهاء ومنهم الحنفية والجمهرية فيجب عليها ترك التزين بلبس جرى عرف الناس بأنه من ملابس الزينة ، ولا تقيد فيه بلون خاص لأن العرف يختلف فيه من زمن لآخر ومن بلد لغيره ، وترك الحلي بكافة أشكاله ، والطيب والأدهان والكحل والخناء ، ولا تكتحل إلا للضرورة ، فإن كان يكفي في دفعها الاكتحال ليلاً اقتصرت عليه وإلا وقفت عند ما يدفعها ، ولا فرق في ذلك بين الزوجة الكبيرة والصغيرة والحامل وغير الحامل ، أما ضرورات الحياة من الاستحمام والتنظيف وتسريح الشعر فليست ممنوعة منها .

وإنما وجب عليها ذلك لما ورد من الأحاديث . منها ما رواه أبو داود بسنده أن رسول الله ﷺ قال : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً » ، ولأن في ترك الزينة قطعاً لأطباع الراغبين فيها حيث لا زوج يحسبها وينع عنها هؤلاء ، ولأن الزواج نعمة عظيمة وقد فانت بوفاة زوج وفي حافط عليها إلى آخر لحظة في حياته ، وفوات النعم وفناء الزوج يقتضيها ترك التزين إظهاراً للأسف على ما فات ومقابلة الوفاء بالوفاء ، وفوق ذلك فهو أدب جميل بقره الفطرة السليمة ويحمده الناس .

والأحداد : لا يخلو من حق للشارع فيه حيث أمر به ليحفظ المعتدة من طمع الطامعين ، ولذلك قرر الفقهاء أنه لا يستطيع أحد إسقاطه ، فهو أوصاها وزوجها قبل وفاته بدم الحداد لم يكن لها تركه .

أما المعتدة من طلاق بائن : فالحنفية ينهبون إلى أن عليها الأجداد ، لأن

من مقاصدة إظهار الحزن والأسى على قوأت نعمة الزواج الذي كان يصونها  
وبكيفية مؤونة الحياة فأشبهت معتدة الرِّفَاة .

وذهب جمهور الفقهاء ومعهم الجعفرية إلى أنه لا إحداد عليها ، لأنه وجب في  
حالة الوفاة أسفا لفراق زوج وفي بعده لآخر لحظة من حياته ، فأقل ما  
تكافئه به هو إظهار الحزن والأسف على فراقه ، أما المطلق فقد أساء إليها  
وحرمها من نعمة الزواج فكيف فلزمها بالحزن عليه ؟

وهذا كما ترى أرجح وأولى بالقبول من رأى الحنفية .

أما ما يجب لها فهو النفقة على اختلاف بين الفقهاء في بعض صورها .  
وإليك البيان .

اتفق الفقهاء على أن المعتدة بعد فرقة من زواج فاسد أو دخسول بشبهة  
لا تستحق نفقة سواء كانت حاملا أو غير حامل ، لأنها لا تستحق نفقة قبل  
هذه التفرقة لمدم مشروعية ما بين الرجل والمرأة ولا يقران عليه فأولى أن  
لا يجب لها بعد الافتراق ، لأن حال العدة معتبر بحال الزواج قبلها .

كما اتفقوا على أن المعتدة من طلاق رجعي تجب لها النفقة بأوضاعها الثلاثة  
« الطعام والكسوة والسكنى » سواء كانت حاملا أو غير حامل ، لأن زوجيتها  
قائمة حيث أن الطلاق الرجعي لا يزيل ملك الاستمتاع ولا حل الزوجية بشرط  
عدم نشوزها قبل العدة وأثناءها .

واختلفوا بعد ذلك في المعتدة من وفاة أو طلاق بائن أو فسخ على آراء <sup>(١)</sup>

---

(١) وسبب الاختلاف ورود آيات فيها عموم كقوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته »  
وقوله جل شأنه : « أسكنوهم من حيث سكنتم من وجدكم » وقوله عز من قائل : « وإن  
كن أولات حل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حلالن » واختلافهم في صحة حديث فاطمة بنت  
قيس الذي تقول فيه : « بت زوجي طلاق فلم يحمل لي رسول الله نفقة ولا سكنى » .

وتفصيلات تقتصر منها على مذهبي الحنفية والجمهرية . فتقول :

أما المعتدة من وفاة فلا تجب لها النفقة بأواعها الثلاثة عند الحنفية والجمهرية سواء كانت حاملا أو غير حامل ، لأن مال الزوج المتوفى انتقل إلى ورثته فلا مال له حتى تجب فيه النفقة ، ولا سبيل إلى إيجائها على الورثة ، لأن العدة أو من آثار عقد الزواج وهم لم يكونوا طرفاً فيه ، وآثار عقد الزواج لا ترجع إلى غير صاحبه ، كما أن هذه النفقة لم تمر ديناً بعد حتى تؤخذ من التركة .

وفي رواية عند الجمهرية أنها إذا كانت حاملا ينطق عليها من نصيب ولدها الذي في بطنها<sup>(١)</sup>.

وقد نص قانون المائدة في المادة ١٥٢ على أن المتوفى عنها زوجها ليس لها نفقة مطلقاً حاملا أو غير حامل .

أما المعتدة من طلاق بائن فتجب لها النفقة بأواعها الثلاثة عند الحنفية سواء كانت حاملا أو غير حامل لقوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته » وهو عام يشمل الزوجات والمطلقات رجعيًا كان الطلاق أو بائنًا ، وقوله في شأن المعتدات : « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » ، وقوله جل شأنه : « أسكنوهن من حيث سكنتم من ورجدكم ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن » ، فكل هذه الآيات تدل على إبقاء المعتدة على ما كانت عليه قبل الطلاق .

ولأن النفقة وجبت للزوجة قبل الطلاق لكونها محبوسة لحق الزوج ، وهذا الاحتباس باق بعد الطلاق فتجب لها النفقة كما كانت قبله لوجود سبب الوجوب .

وأما قوله سبحانه : « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن » فقد نص على

---

(١) هامش المحرر التابع ص ٢١٩

نفقة الممتدة الحامل ، لأن عدتها تكون غالباً أطول من غيرها فتجب لغيرها من باب أولى .

وأما حديث فاطمة بنت قيس الثاني للنفقة والسكنى فقد رده عمر بقوله : « لا نترك كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لا ندرى أحفظت أم نسيت » .

وهذه المسفورة : إلى أن الممتدة من طلاق بائن أو خلع لا تجب لها النفقة إلا إذا كانت حاملاً لأنها بالطلاق البائن زالت زوجيتها التي كانت سبباً في وجوب نفقتها ، ولحديث فاطمة بنت قيس أن النبي ﷺ لم يجعل لها نفقة ولا سكنى بعد أن بت زوجها طلاقاً .

أما وجوبها للحامل فللقوله تعالى : « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يوضعن حملهن » وهي عامة في المطلقات رجعياً أو بائناً

وأما الممتدة بسبب الفسخ لعقد الزواج : فالحنفية يوجبون لها النفقة بكل أنواعها إذا كان الفسخ بسبب من قبل الزوج سواء كان السبب مباحاً كخيار البلوغ أو الأفاقة ، أو بسبب عذور كفعله مع إحدى أصول الزوجة أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة ، أو إباطه عن الإسلام أو رده ، وسواء حصلت الفرقة بغير قضاء القاضي أو بقضائه .

وكذلك إذا كان الفسخ بسبب من قبل الزوجة ليس عذوراً . كخيار البلوغ أو الأفاقة أو الفسخ بسبب نقصان مهرها عن مهر مثلها إذا زوجت نفسها بدون إذن وليها .

قالوا : لأن الفسخ يأخذ حكم الطلاق البائن في أكثر أحكامه وبخاصة ما يتعلق منها بالعدة .

أما إذا كان الفسخ بسبب عذور من جهتها كارتدادها عن الإسلام أو

امتناعها عنه بعد اسلام زوجها ولم تكن كتابية ، أو فعلها مع أحد أصول زوجها أو فروعه باختيارها ما يوجب حرمة المصاهرة فلا يجب لها غير السكنى فقط ، أما الطعام والكسوة فلا حق لها فيهما

أما سقوط هذين فلأن النفقة فيها معنى الصلة ، فإذا فعلت معصية توجب الفرقة فلا تستحق تلك الصلة ، بل تستحق العقوبة زجرأ له ، وإنما اقتصر الأسقاط على نفقة الطعام والكسوة لأنها خالص حقها ، أما السكنى فللشارع حق فيها مع حقها ، وحق الشارع لا يسقط بمعصية من جهتها ، ولذلك قالوا لو أبرأت المرأة مطلقها عند الخلع من نفقة المدة سقط بهذا الأبراء الطعام والكسوة فقط ، ولو خالته على أن لا نفقة لها ولا سكنى سقطت النفقة دون السكنى ، لأن نفقة الطعام والكسوة حق خالص لها تلك أسقاطها ، أما السكنى فلا تملك إسقاطها لوجود حق للشارع فيها .

أما الجمع فرفع أنهم يحملون الفسخ كالطلاق البائن في أحكام المدة لم يحملوا للمتدة بسبب الفسخ حقاً في النفقة ، وعلاوا ذلك <sup>(١)</sup> بانقطاع المعصية بينها وبين الزوج حتى ولو كانت حاملاً ، لأن المتدة من البائن وجبت لها النفقة إذا كانت حاملاً بالدليل وهو الآية : « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضمن حملهن » ولا دليل في الفسخ ، والأصل عدمه .

وقد عرفنا فيما سبق <sup>(٢)</sup> أن الاتصال المحرم بين الزوجة وأحد أصول الزوج أو فروعه إذا طرأ بعد الزواج لا يوجب فسخه ، ومن ثم لا عدة عليها فلا تسقط نفقة الزوجية بهذا الفعل .

أما قانون حقوق العائلة فقد نص على أن نفقة المتدة على زوجها في المادة

---

(١) فقه الإمام جعفر ج ٦ ص ٤٦ .

(٢) راجع هامش ص ١٧٤ من هذا الكتاب .

- ١٥٠ - كما نص في المادة - ١٥١ - على أنه لا تلزم نفقة العدة للمرأة المطلقة إذا كانت ناشئة .

فالمادة الأولى توجب النفقة للمتدة ، وهي بمبارتها العامة تشمل كل معتدة ، ولا يخرج منها إلا المتوفى عنها زوجها ، لأن المادة - ١٥٢ - استثنتها من وجوب النفقة لها .

ومقتضى هذا الموم شمولها للمتدة من الطلاق بنوعيه ، والمتدة من الفسخ ، لكن يبقى التقييد للمتدة المطلقة في المادة الثانية - ١٥١ .

فهل يعتبر ذلك تقييداً للمتدة في المادة قبلها فتكون المادتان قاصرتين على بيان نفقة المتدة من الطلاق ، وحينئذ تكون المتدة من الفسخ مسكوتاً عنها فيرجع في حكمها إلى مذهب الحنفية ككل ما سكت عنه القانون ، أولاً يكون تقييداً فيبقى الأطلاق ليشمل المتدة بسبب الفسخ ؟

احتمالان سببها القصور في صياغة القانون . فلو قال : لا تلزم نفقة العدة للمرأة الناشئة لما تعارض مع عموم المادة قبلها ، ولو كان يقصد قصر وجوب النفقة على معتدة الطلاق لقال : نفقة المتدة من طلاق على زوجها ، ولو صاغ حكم المتدة بالفسخ في مادة خاصة إيجاباً أو نفياً لكان أسلم .

وبعد : فإذا وجبت النفقة للمتدة في أي صورة من الصور تأخذ أحكام نفقة الزوجة من حيث التقدير ، وما يجب أن يراعى عند تقديرها ، وفي كونها تصير ديناً أو لا تصير ، وما يسقطها وما لا يسقطها . غير أن الممول به في مهر كما جاء في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ هو أنها تعتبر ديناً صحيحاً للمتدة من تاريخ الطلاق أو الفسخ ، ولا تسقط إلا بالأداء أو الأبراء ، ولا يتوقف كونها ديناً على القضاء أو التراضي ، وأنها لا تستحق نفقة لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق أو الفسخ كما ضرح به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

أما قانون حقوق العائلة فإنه ينص في المادة - ١٥٣ - على أنه : « إذا انقضت مدة المدة بدون تقدير نفقة لها قضاء أو رضاء تسقط النفقة » فهو في هذا يسير على المذهب الحنفي مع ملاحظة أنه يعتبر أقصى مدة للمدة تسعة أشهر في المادة - ١٤٠ - كما سبق .

كما نص على أن النفقة المقدرة المتراكمة لا تسقط بوفاة أحد الزوجين

المادة - ١٥٤ -

وبهذا ينتهي القسم الثاني من هذا الكتاب .





## القسم الثالث

في حقوق الأولاد والأقارب  
وهي النسب وما يترتب عليه من أحكام  
وفيه خمسة أبواب

- الباب الأول : في النسب
- الباب الثاني : في الرضاع
- الباب الثالث : في المحضنة
- الباب الرابع : في الولاية
- الباب الخامس : في نفقة الأولاد والأقارب



## « مقدمة »

قدمنا أن من أهم أغراض الزواج التوالد والنسل، لأن الإنسان بفطرته يميل إلى الولد، ويود أن يكون له أولاد يباد لهم العطف والمحبة، ويمتز بهم ويستعين بهم على نوائب الزمان .

ومجيء الأولاد ليس مقصوداً لذاته، بل ليكونوا أعضاء صالحين في المجتمع ولن يكون ذلك إلا بتكوين أسر يتم بها بناء المجتمع، ولا تتحقق الأسرة إلا برابط متين يربط بين أفرادها ليمشوا متحابين متعاطفين .

هذا الرابط جمعه الشارع النسب، وهو الحق الأول للولد يدفع به عن نفسه الذل والضياع، كما أنه حق لوالديه يحفظ به الأب ولده من أن ينسب لغيره، وتدفع به الأم عن نفسها العار والتهم .

ويأتي بعده حق الرضاع الذي يحفظه من الهلاك في مستهل حياته، لأنه الوسيلة الوحيدة لتفديته، وهو في هذه المرحلة وما بعدها يحتاج إلى من يرعى شئونه فكان له حق الحضانه ثم الولاية، وبما أنه ينشأ ضعيفاً عاجزاً عن التكسب فيكون في حاجة إلى من ينفق عليه فكانت النفقة على الوالدين أولاً وعلى من يحمل عليها من الأقارب إن ثبت عجزهما أو فارقا الحياة .



# البَابُ الأول

في النصب<sup>(١)</sup>

وفيه فصول

---

(١) من مراجع هذا البحث سبل السلام شرح بلوغ اللرام ج ٣ ، نيل الأوطار ج ٦ ، فتح القدير ج ٤ ، البدائع ج ٦ ، تبيين الحقائق للزيلعي ج ٥ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم المصري ، حاشية ابن عابدين ج ٥ ، بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ، شرائع الإسلام ج ٢ ، فقه الإمام جعفر ج ٥ ، الأحكام الجعفرية ، الفقه المصنوعة ج ٥ ، المختصر النافع ، المعلى لابن حزم ج ١٠ ، زاد المعاد ج ٤ ، اللغز لابن قدامة ج ٦ طبعة رشيد رضا ، شرح السراجية وحاشيته .



تجهيد : عنى الشارح الحكيم بالنسب فنظمه وأرسى قواعده حفظاً له من الفساد والاضطراب، وجمعه من النعم التي امتن بها على عباده ، يقول جل شأنه : « وهو الذي خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهراً وكان ربك قديراً » الفرقان - ٥٤ .

كما جعل له سبباً واضحاً كريماً يتفق وكرامة بني آدم ، وهو الاتصال بالمرأة عن طريق الزواج وما ألحق به من ملك اليمين ، ولم يتركه لأهواء الناس ورغباتهم يبه الشخص لمن يجب ، ويمنعه عن لا يجب ، فأبطل طريقه غير المشروعة التي كانت شائعة في الجاهلية من التبني ومن إلحاق الأولاد عن طريق الفاحشة ، يقول جل شأنه : « وما جعل أديعاءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل » الأحزاب - ٤ .

ويقول رسول الله ﷺ : « الولد للفراش وللماهر الحجر » .

وشدد التكبير على الآباء الذين يحسدون نسب أولادهم فيقول صلوات الله وسلامه عليه فيما رواه أبو داود والنسائي عن أبي هريرة: « أبنا رجل جحد ولده وهو ينظر إليه<sup>(١)</sup> احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين » لأن في هذا الإنكار تعريضاً للولد وأمه للذل والعار .

كما توعد الأبناء الذين ينتسبون إلى غير آبائهم بقوله : « من ادعى إلى غير

---

(١) سبل السلام ج ٣ ص ١٩٣ ، ومعنى وهو ينظر إليه . أى يعلم أنه ولده .

أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنته حرام عليه ، ، لأن الانتساب إلى غير الآباء من أكبر العقوق لهم .

وكذلك حذر النساء من أن ينسبن إلى أزواجهن من يعلن أنه ليس منهم فيقول :

« أيها امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها جنته » (١)

ولما كان محل النسب وهو الولد لا يحويه إلا بعد مخالطة جنسية بين رجل وامرأة وحمل المرأة نتيجة لتلك المخالطة ، ثم ولادة يحويه بعدها ثبت النسب الذي يكون حال قيام العلاقة الزوجية أو بعد افتراقها بفسخ أو طلاق أو موت الرجل ، وهذا لا يكون إلا إذا ولدته في فترة معينة اقتضى ذلك بيان الأمور الآتية :

أقل مدة الحمل وأقصاها ، وأثبت الولادة وتمييز المولود عند الاختلاف فيها ، والطرق التي يثبت بها النسب نعقد لها فصلين نتبعهما بفصل أخير في أحكام اللقيط .

---

(١) المرجع السابق وهو جزء الحديث السابق .



## الفصل الأول

في بيان أقل مدة الحمل وأقصاها ، وأثبت الولادة

أقل مدة الحمل : اتفق الفقهاء على أن أقل مدة الحمل التي يتكون فيها الجنين ويولد بعدها حياً هي ستة أشهر استنبطوا ذلك من مجموع آيتين في كتاب الله مما قوله تعالى : « ووصينا الإنسان بالديه إحساناً حملته أمه كرمها ووضعته كرمها وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » الأحقاف - ٢٥ .

وقوله جل شأنه : « ووصينا الإنسان بالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين » لقمان - ١٤ .

فقد قدرت الآية الأولى للحمل والفصال ثلاثين شهراً ، وقدرت الثانية للفصال أي الفطام عامين ، وبإسقاط الثانية من الأولى يبقى للحمل ستة أشهر وهو تقدير العلم الخبير .

وما يؤيد ذلك الاستنتاج ما روى أن رجلاً تزوج امرأة فجاءت بولد لسته أشهر من تاريخ الزواج ، فرقع أمرها إلى عثمان رضي الله عنه فهم بأقامة الحد عليها ، فقال له ابن عباس رضي الله عنهما : « إنها لو خاصمتكم بكتاب الله

لخصمتكم ، أي غلبتكم قال تعالى : « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » وقال : « وفصاله في عامين » ، فإذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل إلا ستة أشهر ، فمنع عثمان الحد عنها ، وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم ينكر أحد ذلك ، وإذا اعتبرت هذه المدة في ذرة الحد لأن الحدود تدبر بالشبهات انتبرت أيضاً في إثبات النسب ، لأنه مما يحتاج في إثباته محافظة على النسل وصيانة للمرض .

أما أقصى مدة الحمل<sup>(١)</sup> : فقد اختلف الفقهاء في تحديدها اختلافاً كبيراً ، نشأ هذا الاختلاف عن عدم ورود نص يحددها في كتاب الله أو سنة رسول الله ﷺ ، وإننا اعتمد تحديدهم لها على ما جرت به العادة في ولادة النساء كما يرى البعض ، أو على أثر يروى عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها كما يرى فريق آخر ، أو على إخبار بعض النسوة في وقائع نادرة كما يرى غير هؤلاء وهؤلاء .

ولو صح الأثر المروى عن عائشة عند كل الفقهاء لقالوا بمقتضاه ، لأنه في التقديرات التي لا تعلم إلا بإخبار من رسول الله ﷺ ، وإليك بعض هذه الأقوال بترتيبها التصاعدي .

يرى الظاهرية - كما حكاه ابن حزم في المحلى - أن أقصى مدة الحمل تسعة أشهر . بناء على الغالب والكثير ، وقال ابن حزم : أنه المروى عن عمر<sup>(٢)</sup> .

وقال محمد بن عبد الحكم أحد فقهاء المالكية : إن أقصاها سنة قمرية .

والجعفرية لهم أقوال فقيل تسعة أشهر ، وقيل عشرة أشهر ، وقيل سنة ،

(١) عني الفقهاء ببيان أقصى مدة الحمل لا لأجل ثبوت النسب حال قيام الزوجية حقيقة لأنه ثابت فيها على كل حال بعد أن يكون مضى ستة أشهر وإنما لأجل إثباته بعد الفرقة أو حالة غيبة الزوج .

(٢) للمصنف ج ١٠ ص ٣١٦ .

ثم اختلفوا في تحديدها ، أو أن ذلك يرجع إلى اختلاف عادات النساء فإن  
بعضهن تلد تسعة أشهر ، وبعضهن لعشرة ، وقد يتفق نادراً بلوغ سنة (١) .

وذهب الحنفية إلى أن أقصاها ستان إستناداً إلى ما روي عن عائشة رضي  
الله عنها أنها قالت : « لا تريد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل  
عمود الخزل » تريد أن الجنين لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين ولو لفقرة  
يسيرة عبرت عنها بتحول ظل عمود الخزل .

ويذهب الشافعية إلى أن أقصاها أربع سنوات ، ويرافقهم المالكية في  
القول المشهور عندهم . وفي القول الآخر إنها خمس سنوات ، وهناك من يزيد  
على ذلك .

ويقول ابن رشد في بداية المجتهد بعد حكاية هذه الأقوال : وقول ابن عبد  
الحكم والظاهرية هو أقرب إلى المعتاد ، والحكم يجب بالمعتاد لا بالنادر .

وإذا عرفنا أن أكثر هذه الأقوال لا يستند إلى دليل قوي بل كان الباعث  
عليها هو الاحتياط في ثبوت النسب وعدم إهداره ، وعرفنا مع ذلك أن  
المسائل المتروكة بدون تقدير يرجع فيها إلى أهل الخبرة وأنه بعد تقدم الطب  
يكون المرجع في ذلك تقرير الأطباء ، وقد قدروا أن الولد لا يمكث في بطن  
أمه أكثر من سنة قدرها بـ ٣٦٥ يوماً ليشمل الحالات النادرة .

من أجل ذلك عدل المشرع في مصر عن الأخذ بمذهب أبي حنيفة الذي كان  
معمولاً به لما ترتب على العمل به تعادل بعض النسوة في وقائع كثيرة ترتب عليه  
مفاسد كثيرة ، وسيأتي قريباً بيان ذلك وما استقر عليه العمل .

---

(١) فقه الإمام جعفر جه ، النعمة المشتقة جه ص ٤٣٢ .

## إثبات الولادة بعد إنكارها :

إذا ادعت المرأة أنها ولدت هذا المولود فلما أن يصدقها الرجل في دعواها أو ينكرها ، فإن صدقها ثبت النسب إذا توفرت شروط ثبوته ، وإن لم يصدقها بأن أنكر دعواها كان على المرأة إثبات دعواها ، فهم تثبت هذه الدعوى ؟

هذا الإنكار إما أن يكون لأصل الولادة ، وإما أن يكون لنوع المولود بعد الاعتراف بأصل الولادة ، فإن كان الإنكار لأصل الولادة بأن يكون جوابه على دعواها : زوجتي أو مطلقة لم تلد شيئاً وهذا الذي تدعي ولادته لقيط ، وفي هذا الإنكار تختلف طرق الإثبات باختلاف حالات المرأة عند ادعائها ، لأنها قد تكون زوجة أو مطلقة رجسياً أو بائناً أو معتدة من وفاة ، وحال ظهور الحمل أو اعتراف الزوج به أولاً .

فقد تثبت الدعوى بقول المرأة نفسها ، وقد تثبت بشهادة امرأة مقبولة الشهادة سواء كانت هي القابلة أو غيرها ، وقد تحتاج إلى بيئة كاملة رجلين أو رجل وامرأتين من المدول وهذا عند أبي حنيفة <sup>(١)</sup>

---

(١) تفصيل منسوب أبي حنيفة : إذا كان الحمل ظاهراً أو كان الزوج معترفاً بوجوده أو وافته بعد وفاته فلا تحتاج إلى إثبات بل يكفي قول المرأة نفسها ، لأن الحمل الملقى إلى الولادة ثبت بظهور أمارته أو الاعتراف به فيثبت ما ينفي إليه وهو الولادة بمجرد إخبار المرأة بها .

وإن لم يكن الحمل ظاهراً ولم يكن معترفاً به فلا يكفي قول المرأة ، بل لا بد من بيئة للإثبات ، ويكفي شهادة امرأة من أهل المدالة إذا كانت المرأة المدعية زوجة أو كانت معتدة من طلاق رجعي والدعوى بعد مضي سنتين أو أكثر من وقت الطلاق إذا لم تكن أقرت بانتفاء العدة . أما إذا كانت معتدة من طلاق بائن أو معتدة وفاة فلا بد من شهادة كاملة .

أما للمعتدة من طلاق رجعي إذا ادعت الولادة قبل مضي سنتين ففيها رأيان . رأي يجعلها كالزوجة ، والآخر يجعلها كالمعتدة من طلاق بائن وهو أرجح لأن -

أما أصحابه أبو يوسف ومحمد : فقد ذهبوا إلى أنها في جميع الحالات تثبت الولادة بشهادة امرأة من أهل العدالة . سواء كان الحمل ظاهراً أو لا اعترف به الزوج أو الورثة بعد وفاته أو لا ، لأن الفرض أن الرجل أنكر الولادة فتكون دعوى المرأة مجردة فتحتاج إلى إثبات ، ويكفي فيها شهادة المرأة المقبولة الشهادة ، لأن الولادة من الأمور التي لا يطلع عليها الرجال ، فقد ثبت أن رسول الله ﷺ « أجاز شهادة القابلة » ، وروي عن الزهري أنه قال : « مضت السنة يجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادة النساء وعيوهن » .

وإذا كان الأطباء في هذا الزمن يقومون بعملية الولادة فيكفي شهادة الطبيب الذي باشر الولادة أو أي رجل آخر شاهد الولادة إذا لم يكن تعمد النظر ، لأنه حينئذ يكون فاسقاً مردود الشهادة .

أما الجعفرية فيقولون : إذا اختلف الزوجان في الولادة فالقول قول الزوج مع يمينه ووجهتهم في ذلك : أن الزوج يتمسك بالأصل ، لأن الأصل عدم الولادة ، ويمكنها إقامة البينة على الولادة ، فلو أقامتها قبل قولها (١) .

أما إذا كان النزاع في تعيين المولود : كأن تقول هو ذكر ، وهو يقول لها إنه أنثى . فيكفي في إثبات نوعه شهادة امرأة من أهل العدالة أو شهادة للطبيب المولد سواء كان النزاع في حال قيام الزوجية حقيقة أو في العدة مطلقاً ، وهذا بالاتفاق بين أبي حنيفة وصاحبيه ، لأن الولادة إذا ثبتت كان تعيين المولود سهلاً فلا يشترط فيه شهادة كاملة .

---

- ادعاهما الرضع قبل مضي سنتين اعتراف منها بانقضاء عدتها فتكون كالمبتوتة ، وإنما احتج هنا إلى شهادة كاملة ، لأن الشهادة وإن كانت لإثبات الولادة إلا أنها سترتب عليها لبوت النسب من الزوج المطلق أو المتوفي ، ولبوت النسب يحتاج إلى حجة كاملة لأن المرأة بعد الولادة تكون مرة بانقضاء عدتها ، ولانقضاءها تصير أجنبية ، ودعوى النسب من الأجنبية تحتاج إلى بينة كاملة .

هذا ويشترط المالكية والشافعية في إثبات الولادة تعدد الشهود من النساء فالشاحية لا يد من أربع منهن ويكتفي المالكية بشهادة امرأتين .

(١) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٦ ، واللمعة المشقة ج ٥ ص ٤٣٦ .



## الفصل الثاني

في طرق إثبات النسب أو الأمور التي يثبت بها

وفيه مباحث

يثبت النسب بأحد أمور ثلاثة : الفراش ، والأقرار ، والبينة .

### المبحث الأول

#### في الفراش

الفراش في الأصل ما يبسط للجلوس أو النوم عليه ، ويكنى به عن المرأة التي يستمتع بها الرجل بقول جل شأنه : « وفرش مرفوعة » ، إنا أنشأناهن إنشاءً ، فجعلناهن أبكاراً ، عربياً أتراباً ، لأصحاب اليمين ، الواقعة - ٣٤ - ٣٨ .

فكنى بالفراش عن النساء وهن الحور العين .

والمراد بالفراش هنا : الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء حملها بالولد ، أو كون المرأة معدة للولادة من شخص معين ، وهو لا يكون إلا بالزواج الصحيح وما ألحق به ، فإذا ولدت للزوجة بعد زواجها - بشروط سيأتي بيانها -

ثبت نسبه من ذلك الزوج دون حاجة إلى إقرار منه بذلك<sup>١</sup> بينة تقيمها الزوجة على ذلك لما رواه الجماعة إلا أبا داود عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « الولد للفراش وللعاهر والحجر » يريد أن الولد لصاحب الفراش كما جاء في لفظ البخاري وهو الزوج ، وللعاهر وهو الزاني الرجم عقوبة على جريمته إن كانت تستوجب الرجم ، أو الحية والحسران ولا نسب له لو نازع فيه<sup>٢</sup> .

والسبب في ثبوت النسب بالفراش دون توقف على إقرار أو بينة هو أن عقد الزواج الصحيح يبيح الاتصال الجنسي بين الزوجين ، ويمثل الزوجة مختصة بزوجها يستمتع بها وحده وليس لغيره أن يشاركه ذلك الاستمتاع ، بل ولا الاختلاء بها خلوة محرمة ، فإذا جاءت بولد فهو من زوجها ، واحتمال أنه من غيره احتمال مرفوض ، لأن الأصل حمل أحوال الناس على الصلاح حتي يثبت العكس .

#### شروط ثبوت النسب بالفراش :

وإذا كانت الشريعة جعلت الفراش طريقاً لأثبات النسب بفرده ، لكن ذلك يتوقف على توفر شروط بعضها متفق عليه بين الفقهاء ، وبعضها يختلف فيه ، وإليك هذه الشروط .

١ - إمكان حمل الزوجة من زوجها . بأن يكون الزوج من بناتى منه الحمل ، بأن يكون بالغاً أو مراهماً على الأقل ، فلو كان صغيراً دون ذلك لا تعتبر الزوجة فراشاً ، لأنه لا يتصور أن تحمل منه زوجته ، ومن ثم لا يثبت نسب ولد وضعته زوجته مها كانت المدة بين العقد والوضع ، وهذا متفق عليه بين الفقهاء .

(٢) لكن المعنى الثاني أرجح ، لأنه ليس كل زان يرجم ، وجاء هذا من الرسول ط نهج الأسلوب العربي لأنهم يقولون الذي لم ينل خيراً بقية التراب أو له الحجر . راجع نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٩٥ وما بعدها .



٢ - إمكان التلاقي بين الزوجين عادة بعد العقد ، وهو شرط عند الأئمة الثلاثة ( مالك والشافعي وأحمد ) لأن العقد جعل المرأة فراشا باعتبار أنه يبيع هذا الاتصال الذي هو سبب حقيقي للحمل ، فلو انتفى إمكان التلاقي عادة وجاءت يولد بعد مضي ستة أشهر من حين العقد عليها لا يثبت نسبه منه .

وخالف الحنفية فلم يشترطوا ذلك فقالوا: إن مجرد العقد يجعل المرأة فراشا لأنه مظنة الاتصال ، فإذا وجد كفى ، لأن الاتصال لا يطلع عليه بخلاف العقد.

وقد فرعوا على ذلك أنه لو تزوج رجل في المشرق بامرأة في المغرب بيلها مسافة سنة فولدت لسته أشهر من تاريخ العقد ثبت نسبه ، لاحتمال أن الزوج من أصحاب الكرامات الذين تطوى لهم المسافات .

وقد قيل في تبرير هذا المذهب : إنهم لم يخالفوا في اشتراط إمكان التلاقي بين الزوجين ولكنهم اكتفوا بالأمكان العقلي - كما يقول الكمال بن الهمام ، وإن هذا الفرض - وهو تزوج المشرقي بالمغربية كان مانعا من الاتصال في زمنهم لبعد الشقة وصعوبة المواصلات ولكنه بعد اختراع الطيران الذي يقطع المسافات الطويلة في وقت قصير كما يقول بعض الكتّاب في هذا العصر ، وفوق هذا وذلك إنه احتياط في المحافظة على الأولاد من الضياع .

وأنا أقول : مها قيل من ذلك فإنه لا يسوغ العمل بهذا المذهب لأن الأمكان العقلي شيء والواقع شيء آخر، وليست المشكلة مشكلة صعوبة المواصلات وسهولتها ، والكرامة للأولياء - مع ثبوتها - ليست ثابتة لكل زوج مقرب بعيد عن زوجته ، والاحتياط يعمل به في الموضع الذي يحتمله .

فإذا تزوج شخص الآن بالمراسلة أو بالوكالة ولم ير زوجته إلا بعد سنة من حين العقد ثم وجدها تحمل بين ذراعيها طفلا وتقول له هذا ولدك . أنقول له إنه ولدك لأن الاحتياط والمحافظة عليه من الضياع بقضيان عليك بذلك ؟

وماذا يكون الحال لو تزوج رجل وعاش مع زوجته فترة من الزمن أنجب فيها طفلا ثم سافر في بعثة طالت مدتها إلى سنوات لم يرجع إلى مقر زوجته فيها ولم تنتقل هي إليه ثم عاد فوجد الطفل طفلين أو ثلاثة ؟ الحق أحق أن يتبع ولا بد من اشتراط إمكان التلاقي عادة على الأقل .

والجهمية : لم يكتفوا في ثبوت النسب بإمكان التلاقي بل شرطوا الدخول الحقيقي ، فإذا انتفى لا يثبت النسب ، ووافقهم في هذا ابن تيمية وتلميذه ابن القيم <sup>(١)</sup> معطين ذلك بأن المرأة لا تكون خراشا إلا بافتراش زوجها لها وهو لا يتحقق إلا بالدخول ، وعلى ذلك لو أتت بولد لستة أشهر من حين العقد لا يثبت نسبه ، ولو أتت به لستة أشهر من حين الدخول ثبت نسبه .

وأنت ترى معي : أن اشتراط حقيقة الدخول وهو لا يطلع عليه أحد غير الزوجين فيه عسر شديد فلاكتفاء بإمكان الدخول هو المعقول <sup>(٢)</sup> ، لأن أثر الخلاف لا يظهر إلا عند اختلاف الزوجين .

٣ - أن تعد الزوجة لستة أشهر على الأقل من تاريخ العقد عليها عند الحنفية والأئمة الثلاثة ولكن مع إمكان التلاقي ، لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر كما قدمنا ، ومن وقت المخالطة في الزواج الفاسد لأن المرأة لا تصير قرأشا إلا بها فلو أتت به لأقل من ذلك لا يثبت نسبه إلا إذا ادعاه ولم يصرح بأنه من الزنا ، فيثبت نسبه ويحمل ذلك على أن المرأة حملت به منه قبل العقد الصحيح عليها بناء على عقد آخر صحيح أو فاسد أو مخالطة لها بشبهة حفاظا على الولد من الضياع وسترأ على الأعراض ، ويكون ثبوت النسب هنا بالأقرار لا بالفراش .

(١) راجع زاد المعاد ج ٤ ص ١٦٦ . وشرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٢ . وفقه الأمام جمل ج ٥ ص ٣٠٠ .

(٢) وفي هذا يقول الشوكاني في نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٩٧ : إن معرفة الوطء الحق متسرة فاعتبارها يؤدي إلى بطلان كثير من الأنساب وهي يحتاط فيها ، واعتبار مجرد الامكان يناسب ذلك الاحتياط .

وعند الجعفرية تحسب المدة من وقت الدخول لا من وقت العقد، فلو أتت به لأقل من ذلك لا يثبت نسبه منه، ولو ادعاه لا يلتفت إلا دعواه (١).

٤ - أن تلبه لأقل من أقصى مدة الحمل - على الاختلاف السابق فيها - من وقت الفرقة بالطلاق البائن أو الموت، فإذا جاءت به لستين فأكثر من حين الفرقة لا يثبت نسبه بالفراش السابق عند الحنفية، لأنه تبين أنها حملت به بعد انتهاء الفراش يقيناً.

وإذا كان الطلاق رجعياً ثبت نسبه منه في أي وقت تجيء به ولو مضى ستان فأكثر من وقت الطلاق ما لم تفر بانقضاء عدتها بعد طلاقها منه، ويحتمل ذلك على أنه راجعها بعد الطلاق في عدتها التي قد يطول وقتها إذا امتد طهرها ويكون ثبوتها بالفراش الذي استدامته الرجعة.

وعند الجعفرية لا يثبت نسبه إذا جاءت به لأكثر مدة الحمل بعد الطلاق أو الوفاة، واتفقوا على أنها لا تزيد على سنة ثم اختلفوا في تحديدها. فقليل تسعة أشهر، وقيل عشرة، وقيل سنة فلو جاءت به لأكثر منها أو لفيسة متحقة لا يثبت نسبه منه، بل ولا يجوز إلحاقه به في هذه الحالة ولو ادعاه.

تلك هي شروط ثبوت النسب بالفراش، فإذا تخلف منها شرط لا يثبت النسب منه إلا إذا ادعاه عند الحنفية، ويكون ثبوتها في هذه الحالة بالدعوة بالفراش، وإذا توافرت ثبت النسب.

---

(١) جاء في فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣٠٠، فإذا تخلف شرط لا ينسب إليه، وإذا اعترف به فلا يلتفت إلى اعترافه، ولو اختلفا في الدخول فنفاه وادعاه قال قول قوله مع البين، لأن الأصل عدم الدخول، وإذا اختلفا في المدة أقلها أو أكثرها قال قول قريشاً، ويلحق به الزك، لأن كل ما أمكن أن يكون منه فهو ولده للحديث لا يخرج منه إلا ما علم أنه ليس منه قطعا فيبقى المعلوم والمشكوك على حكم الفراش. وراجع أيضاً شرائع الإسلام ج ٢ ص ٢٤، وللمدة الدمشقية ج ٥.

ولا يملك نفيه إلا بعد إجراء اللعان الشرعي إذا قوفرت شروطه ، وهي  
تتلخص فيما يلي :

- ١ - أن ينفي الولد عند الولادة أو في مدة التهنئة بالمولود عند أبي حنيفة ،  
أو في مدة النفاس عند الصاحبين إذا كان حاضراً وقت الولادة ، أو وقت حضوره  
أو وقت التهنئة إن كان غائباً عند أبي حنيفة ، وفي مقدار مدة النفاس عندهما .
- ٢ - ألا يكون الزوج أقر بالولد صراحة أو دلالة كقبوله التهنئة أو سكوته  
عندها ولم يرد .

٣ - أن يكون كل من الزوجين أهلاً للعان عند ابتداء الحمل بالولد .

٤ - أن يكون الولد حياً عند الحكم بقطع النسب بعد إجراء اللعان والقضاء  
بنفيه عنه ، فلم مات قبل القضاء بنفي نسبه لا ينتفى نسبه ، لأن النسب يتقرر  
بالموت .

وإذا انتفى نسبه باللعان لا يجوز عند الحنفية أن يلحق بغيره لو ادعاه  
لاحتمال أن يكذب الزوج نفسه ويعترف بنسبه على ما بيناه من قبل .

#### ثبوت النسب في الزواج الفاسد :

الزواج الفاسد لا تصير به المرأة فراشاً بالمقد بل بالدخول الحقيقي على المفق  
به في المذهب الحنفي وهو قول محمد بن الحسن ، فإذا ولدت المتزوجة زواجاً  
فاسداً لأقل من ستة أشهر من حين الدخول الحقيقي لا يثبت نسبه من الزوج إلا  
إذا ادعاه ولم يصرح إنه من الزنا ، وإن جاءت به لسته أشهر فأكثر ثبت نسبه  
بدون دعوة منه .

وإذا أتت به بعد المتاركة لأقل من سنتين من تاريخ الفرقة عند الحنفية ،  
ولأقل من تسعة أشهر أو عشرة أو سنة على الخلاف عند الجعفرية ثبت نسبه .

وإذا ولدته لأكثر من ذلك لا يثبت نسبه .

**ويلاحظ هنا :** أن الولد إذا ثبت نسبه بالزواج الفاسد لا ينتفى بنفيه ، لأن النسب الثابت بالفراش لا ينتفى إلا باللعان ، ولا لعان إلا في الزواج الصحيح ، وبناء عليه يكون الفراش الثابت بالزواج الفاسد أقوى من الفراش الثابت بالزواج الصحيح . هكذا يقولون :

**ثبوت النسب بالمخالطة يشبهه :** هذه المخالطة لا تصير بها المرأة فراشا ، بل يثبت بها شبهة الفراش فإذا ولدت بعد أن خالطها بشبهة لا يثبت نسبه بتلك الشبهة إلا إذا انصم إليها الدعوة ، وحينئذ يكون ثبوت النسب بالأقرار لا بالفراش .

وعند الجعفرية: إن الوطء يشبهه سواء سبقه عقد أو لا يلحق النسب بالواطء إذا توفرت الشروط التي يثبت بها النسب بالفراش باشتراط الدخول الحقيقي ، ومضى ستة أشهر ما بين الوطء والولادة ، ولا تزيد على أكثر مدة الحمل من حين المتاركة ، وإذا ثبت نسبه لا ينتفى بإتفائه<sup>(١)</sup> كذهب الحنفية .

**أما ثبوت النسب بعد الفقرة بين الزوجين فهو على التفصيل الآتي :**

١ - المطلقة قبل الدخول : إذا ولدت ولداً لستة أشهر من وقت العقد ولأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه من زوجها لأمكان الحمل منه وقت الفراش عند الحنفية الذي يثبت عندهم بمجرد العقد كما قدمنا ، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت العقد لا يثبت نسبه ، لأنه يدل على أنها حملت قبل أن تكون فراشا لهذا الزوج ، وإن جاءت به لستة أشهر من وقت الطلاق

---

(١) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣٠٣ ، زاد صاحب اللمعة ج ٥ ص ٤٠ ، شرطاً وأبماً في إلحاق ولد الشبهة بالواطء ألا يكون الزوج لهذه المرأة الموطوءة بشبهة حاضراً لأنه يلحق به باعتبار أنه صاحب الفراش الشرعي .

لا يثبت نسبه منه ، لاحتمال أنها حملت بعد الطلاق من غيره ، واحتمال أنها حملت قبل الطلاق لا يكفي لإثبات النسب هنا ، لأن زوجيتها انقطعت بهذا الطلاق البائن حيث لا عدة عليها .

وقد عللوا ذلك : بأن القاعدة عندهم . أن كل امرأة لا تحجب عليها المدة لا يثبت نسب ولدها من زوجها إلا إذا علم يقيناً أنه منه بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر من حين الطلاق ، وكل امرأة تحجب عليها المدة يثبت نسب ولدها من زوجها إلا إذا علم يقيناً أنه ليس منه بأن تحجب به لأكثر مدة الحمل على ما سيأتي تفصيله في الممتدة في الصور لآتية .

أما الجعفرية فلا نسب عندهم في هذه الصورة لاشتراطهم الدخول في إثبات النسب بالفراش .

٢ - المطلقة بعد الدخول : ولها حالتان . إما أن تقر بانقضاء عدتها قبل الولادة أولاً . فإذا أقرت بانقضاء عدتها في مدة يحتمل انقضاء المدة فيها ، ثم جاءت بولد لستة أشهر فأكثر من وقت الأقرار فلا يثبت نسبه من مطلقها سواء كان الطلاق رجعياً أم بائناً ، لاحتمال أن يكون الحمل من غيره بعد المدة ، وإن ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الأقرار بانقضاء عدتها ثبت نسبه وتكون كاذبة في إقرارها لأنها وقت الأقرار كانت حاملاً بيقين .

وإذا لم تقر بانقضاء عدتها وجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الطلاق ثبت نسبه من مطلقها سواء كان الطلاق رجعياً أم بائناً .

وإن جاءت به لستين فأكثر من وقت الطلاق ثبت نسبه إذا كان الطلاق رجعياً ، ويحمل على أن زوجها خالطها أثناء المدة وتكون رجعة .

وإن كان الطلاق بائناً لا يثبت نسبه ، لأن الحمل كان بعد زوال الفراش إلا

إذا ادعاء ، فإنه يثبت نسبه بالدعوة لا بالفراش ، ويجعل هذا الادعاء على أنه خالطها بشبهة أثناء العدة .

أما الجعفرية فإن نسب ولد المطلقة رجعيًا أو بائنًا يثبت من زوجها إن ولدته لأكثر مدة الحمل عندهم من وقت الفراش <sup>(١)</sup> ، ولو نكاه لاعتن ، وإن ولدته لأكثر من ذلك لا يثبت نسبه ولا يحتاج إلى إيمان لعدم الزوجية .

### ٣ - المتوفي عنها زوجها : إما أن تدعي الحمل أولا .

فإن ادعت الحمل وجاءت بولد لأقل من سنتين من تاريخ الوفاة ثبت نسبه من زوجها لقيام الفراش حتى حملها ، وإن جاءت به لسنتين فأكثر لا يثبت نسبه للتيقن بأن علوقها به كان بعد الموت .

وإن لم تدع الحمل وأقربت بانقضاء عدتها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت انقضاء عدتها الذي زعمته ثبت نسبه لإمكان علوقها به قبل وفاته وظهور كذبها في دعوى انقضاء عدتها .

وإن جاءت به لستة أشهر فأكثر من وقت انقضاء عدتها لا يثبت نسبه لاحتمال أن يكون حملها من غير زوجها بعد انقضاء عدتها .

وذهب الجعفرية إلى أن المتوفي عنها زوجها إذا جاءت بولد لأقصى مدة الحمل على اختلافهم فيها من حين الوفاة ثبت نسبه من زوجها ، وإن جاءت به لأكثر منها لا يثبت نسبه ، ولو ادعاء الورثة لا تقبل دعواهم .

بهذا المرض المذهب الحنفية تخلص منه بالأمور الآتية ، أن أقصى مدة الحمل

---

(١) يقول الحنفى في شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٦ : ولو طلقها فاعتدت ثم جاءت بولد ما بين الفراق إلى أقصى مدة الحمل لحق به إذا لم توطأ بمقد ولا شبهه

سنتان ، وأن النسب يثبت بالفراش السابق لولد المطلقة أو المتوفي عنها زوجها إذا أتت به لأقل من سنتين من تاريخ الفقرة ، وأنه يكفي لثبوت النسب بالفراش مجرد العقد دون اشتراط إمكان التلاقي بين الزوجين عادة مع ما قيل في تبريره ، وأن غياب الزوج عن زوجته غيبة محققة سواء كانت قبل الدخول بها أو بعد دخوله بها لا يمنع من إثبات نسب ما تلده من أولاد ما دامت الولادة جاءت في ظل العقد القائم بينها .

وقد كانت هذه الأمور باعثة على شكوى الناس من العمل به في المحاكم المصرية حيناً من الدهر بعد أن فتح أبواب التحايل أمام طائفة من النسوة اللاتي لا خلاق لهن لأن مدة السنتين بعد الفقرة مجال لكي تأتي المرأة بولد غير شرعي وتنسب لمطلقها أو لزوجها المتوفي لكي تحصل على ميراثه منه ، كما أن ثبوت النسب بمجرد العقد وإن لم يمكن التلاقي بين الزوجين عادة طريق لمشل ذلك ، فرأي المشرع المصري درءاً لهذه المفساد العدول عن مذهب الحنفية الذي لا يستند إلى دليل صحيح من كتاب الله أو سنة صحيحة فوق أنه لا يتفق مع الواقع ولا مع ما قرره أهل الخبرة من الأطباء من أن الحمل لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنة قدروها بـ ٣٦٥ يوماً ليشمل جميع الحالات النادرة .

عدل عنه وأخذ بما قرره الأطباء لقربه من قول محمد بن عبد الحكم الفقيه المالكي ، وهو أن أقصى مدة الحمل سنة قرية ، مع اعتبار إمكان التلاقي بين الزوجين عادة بعد العقد وهو ما شرطه الأئمة الثلاثة ، واستناد إلى قاعدة شرعية تقول : إن لولي الأمر أن يمنع قضاته من سماع الدعاوى التي يكثر فيها التزوير والاحتيال .

جاء ذلك في المادة الخامسة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها :

« لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج



عنها ، ولا لولد المطلقة والمتوفي عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من حين الطلاق أو الوفاة .

فهذه المادة بنيت على أمور كلها مخالفة ذهب الحنفية . وهي إمكان التلاقي بين الزوجين ، وأن أقصى مدة الحمل سنة ، وأنه لا فرق بين المطلقة رجماً والمطلقة بائناً .

لكن يلاحظ أنها منعت مماع الدعوى فقط دون التعرض للنسب بإثبات أو نفي ، وقصرت ذلك على حالة إنكار للدعى عليه ، لأنها الحالة التي يظهر فيها التزوير والاحتتيال .

ومفهوم ذلك أنه إذا أقر الزوج في حالات عدم التلاقي أو الغيبة أو الطلاق فإن النسب يثبت ، فإذا أنكر كونه منه في حالتي عدم التلاقي من حين المقد ، وحالة غيبته عنها مدة سنة من حين الغيبة إلى الولادة ، ورفعت الزوجة الدعوى لإثبات الدعوى وأنكر الزوج بناء على أنه تزوجها بالمراسلة ولم يلتق بها أو أنه غاب عنها ، فالمحكمة تسمع الدعوى أولاً إلى أن يثبت الزوج بالدليل أنه لم يلتق بها أو أنه غاب عنها فترفض الدعوى ، ولا يكون لها الحق في طلب إجراء الملاءنة بينها وبين زوجها ولا إقامة البينة على إثبات النسب ، ومثلها حالة الغيبة ، فإن عجز عن إثبات ما يدعيه سمعت المحكمة الدعوى وسارت فيها .

تنبيه : وينبغي هنا التنبيه على ما قدمناه عند الكلام على ما شرطه القانون في عقد الزواج في مصر ص ١٣٤ من هذا الكتاب .

إن القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ في المادة (٩٩) منع في حالة الإنكار من مماع دعوى الزوجية أو الأقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بورقة رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ ، كما منع من مماع مثل هذه الدعوى إذا

كانت من الزوجة تقل عن ست عشرة سنة أو من الزوج تقل عن ثماني عشرة سنة . فهل ذلك يؤثر في دعوى النسب ؟

والجواب : أن هذا لا يؤثر في دعوى النسب ، فلقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون خاصاً بهذا الموضوع : وظاهر أن هذا المنع لا تأثير له شرعاً في دعاوى النسب ، بل هي باقية على حكمها المقرر كما كانت باقية عليه رغمًا من التمديل الخاص بدعوى الزوجية في المادة ( ١٠١ ) من اللائحة التنفيذية .

## المبحث الثاني

### في الأقرار

كما يثبت النسب بالفراش ، وهو قاصر على إثبات نسب الأولاد ، لأنه يكون بين رجل وامرأة بينها علاقة حصل بينها اتصال جنسي مشروع ولو بوجه ، وولادة من المرأة في ظل هذه العلاقة أو آثارها بعد انقطاعها في العدة ، وهو في الواقع منشاء للنسب ، ولا يحتاج إلى إقرار .

كما يثبت بذلك يثبت بالأقرار ، ويسميه الفقهاء بثبوت النسب بالدعوة .

ومعنى الأقرار بالنسب : إخبار الشخص بوجود القرابة بينه وبين شخص آخر .

وهذه القرابة تتنوع إلى نوعين :

١ - قرابة مباشرة : وهي الصلة القائمة بين الأصول والفروع لدرجة واحدة كالبنوة والأبوة والأمومة .

٢ - قرابة غير مباشرة . وهي قرابة الحواشي الذين يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهما فرعاً لآخر كالأخوة والعمومة ، ومثلها قرابة الأصول والفروع بعد الدرجة الأولى كالأجداد والحفدة .

ومن هنا تنوع الإقرار بالنسب إلى نوعين :

الأول - إقرار الشخص بالنسب على نفسه وهو الإقرار بأصل النسب وهذا يكون بالولد الصلي إبناً أو بنتاً والوالدين المباشرين له . كان يقول : هذا ابني أو أبنائي ، أو هذه ابنتي أو أمتي .

وفي هذا النوع إذا تفرقت شروط صحة الإقرار يثبت النسب وأصبح المقر بنسبه إبناً أو بنتاً أو أباً أو أمّاً ، ولا يجوز له الرجوع عن هذا الإقرار . وإنما كان هذا إقراراً بالنسب على نفس المقر لأن النسب فيه علاقة بينه وبين المقر له فقط وليس فيه تحميل النسب على غيرها ، وإذا ثبتت هذه القرابة ترتبت جميع الآثار عليها وتتعدى هذه الآثار إلى جميع الأقارب والأرحام دون استثناء .

ويشترط لثبوت النسب به في حالة الإقرار بالبنوة الشروط الآتية :

١ - أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب <sup>(١)</sup> حتى يمكن إثبات بنوته للمقر ، فلو كان له نسب معروف لم يصح الإقرار ، لأن الشخص لا يكون له أبوان ، ونسبه الثابت قبل الإقرار لا يقبل الفسخ كما لا يقبل التحويل .

---

(١) مجهول النسب هو الشخص الذي لا يعلم له أب في البلد الذي ولد فيه ولا في البلد الذي وجد فيه إن وجد في بلد آخر .

وبلاحظ أن ولد المتلاعنين وإن حكم بنفي نسبه من الزوج الملاحن إلا أنه يعتبر في حكم ثابت النسب فلا يثبت نسبه بأقرار غير الملاحن لجواز أن يكذب الملاحن نفسه فيثبت نسبه منه ، ولأن في قبول هذا الأقرار تسجيلًا للفاحشة على المرأة .

٢ - أن يكون المقر له بالبنوة مما يولد لمثل المقر بأن تكون سنهات محتمل ذلك ، فلو كانا في سنين متساويين أو متقاربين بحيث لا يولد أحدهما للآخر لم يصح الأقرار ، لأن الواقع يكذبه في هذا الأقرار (١) .

٣ - أن يصدق المقر له المقر في هذا الأقرار إذا كان من أهل المصادقة ، وهو المميز عند الحنفية ، لأن الأقرار حجة قاصرة على المقر فلا يتمتعى إلى غيره إلا بينة أو تصديق من الغير ، وهذا الأقرار يتضمن دعوى البنوة على المقر له ، ويرتب على هذا النسب حقوق لكل من المقر والمقر له على الآخر .

فإن كان المقر له غير مميز ثبت النسب (٢) دون حاجة إلى تصديق ، لأن غير المميز ليست له عبارة معتبرة ، ولأن هذا الأقرار - من ناحية أخرى - فيه منفعة أدبية لهذا الصغير بإثبات نسبه بعد أن كان مجهولاً ، ومنفعة مادية غالباً لحاجته إلى من يقوم بشئونهِ والاتفاق عليه ، ولو كان مميزاً لبادر إلى التصديق ما لم يمنعه مانع منه .

---

(١) وأقل فرق بين السنين يصدق الأقرار معه اثنتا عشرة سنة وستة أشهر ، لأن أقل سن تصدق فيه دعوى البلوغ هو اثنتا عشرة سنة بالنسبة للفتى .

(٢) يشترط في ثبوت النسب في هذه الحالة التي لا يشترط فيها المصادقة : أن لا ينزاع المقر في الصغير المدعى بنوته منازع ، فإن نازعه مدع آخر حكم لصاحب البينة منها فإن لم تكن لها بينة ينظر المرجح فإن وجد حكم لصاحبه وإن لم يوجد نسب إليهما عند الحنفية في الحقوق المالية ، وعند الجعفرية : إن لم يكن لها بينة يقرع بينها ويحكم بنسبة لمن خرجت للفرقة له .

وشروط الجعفرية التصديق من المقر له البالغ فقط ، أما الصغير ولو كان مميزا لا تشترط مصادقته .

وإذا كان ثبوت النسب بالأقرار يتوقف على تصديق المقر له ، فلو صدقه ثبت النسب ، ولو كذبه لا يثبت النسب بعد هذا التكييف ، لكنه لا يبطل الأقرار بل يظل قائما ما دام المقر له حيا لجواز أن يرجع عن تكذيبه وبصدقه فيثبت النسب ، لأن الأقرار بالنسب لا يبطل بالرد من المقر له بخلاف الأقرار بالحقوق المالية فإنه يبطل بالرد<sup>(١)</sup> .

وفي حالة التكييف لو أقام المقر البينة على دعواه ثبت النسب بالبينة لا بالأقرار .

٤ - ألا يصرح المقر بأن هذا ابنه من الزنا ، فإن صرح بذلك لا يثبت به النسب ، لأن الزنا جريمة لا تصلح أن تكون سببا للنسب الذي هو نعمة من نعم الله التي امتن بها على عباده يقول جل شأنه : « والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة » النحل - ٧٢ .

ويقول رسول الله ﷺ : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » .

ولأن المقر بالنسب لا يلزم ببيان السبب<sup>(٢)</sup> في تلك البينة إذا لم يصرح به ، لأن الأصل حمل حال الناس على الصلاح حتى يثبت عكس ذلك ، ولأنه لو صرح بالسبب من زواج صحيح أو فاسد كان النسب ثابتا بالفراش بعد إثباته لا بالأقرار المهرد .

أما الجعفرية فقد اختلفوا في هذه المسألة ( إذا قال المقر هذا ابني من الزنا ) فمنهم من أثبت النسب به نظرا لأول الكلام ( هذا ابني ) ، ومنهم من نقاه

---

(١) الأشياء ولا نظائر لابن نجيم المصري .

(٢) المالكية ينعمون إلى وجوب بيان سبب النسب إذا كان ظاهرا الحال يكذبه كأن يكون المقر عتيا لا يستطيع المجاب الأولاد أو يكون المقر له بالبينة لفيضا .

نظراً لآخر الكلام وهو قوله « من الزنا » .

ورجح بعضهم الأول لأنه أشبه بقوله : عليّ ألف من ثمن خر . حيث يحكم بالمال وإلغاء قوله من ثمن خر باتفاق فقهاءهم<sup>(١)</sup>

وكا يقبل الأقرار من الرجل بالبنوة بالشروط السابقة كذلك يقبل من المرأة الأقرار بالبنوة بشروط ثلاثة . ألا يكون للولد أم معروفة ، وأن يولد مثله لثلاثها<sup>(٢)</sup> ، وأن يصدقها الولد في هذا الأقرار إن كان ممزاعاً عند الحنفية ، وبإلغاء عند الجعفرية .

ويقتصر النسب عليها إذا لم تكن زوجة ولا معتدة ، فإن كانت زوجة أو معتدة من زواج صحيح أو فاسد وادعت أن الولد ليس من هذا الزوج يثبت نسبه منها باقرارها . لأن هذا الأقرار إلزام لنفسها لا لغيرها وهي أهل للالتزام بالنسب كالرجل .

فإن لم تدع أنه من غير زوج . لا يثبت النسب من زوجها إلا إذا صدقها الزوج في ذلك الأقرار ، لأن إقرارها في هذه الحالة يتضمن تحمیل النسب على غيرها وهو الزوج ، فإن صدقها أو أقامت البينة على أنه ولد على قراشه بشهادة القابلة أو امرأة أخرى من أهل العدالة ثبت النسب منها معاً .

وهذا يظهر الفرق بين إقرار المرأة ببنوة ولد من الزنا وإقرار الرجل بذلك . فيصح إقرار المرأة به إذا أثبتت ولادته له<sup>(٣)</sup> دون الرجل عند الحنفية بلا خلاف .

(١) فقه الإمام جعفر . ص ١٣٥

(٢) وأقل فرق بين السنين تصدق المرأة معه في إقرارها تسع سنوات وستة أشهر لأن أقل سن تصدق فيه الفتاة في دعوى البلوغ تسع سنوات عند الحنفية .

(٣) لأن الأقرار المجرد بولادة من الزنا لا يثبت النسب لأنه لا بد من إثبات ولادتها له .

وعند الجفيرة على الخلاف ، لأن ولادته واقعة محسومة لا يمكن إنكارها .

### الأقرار بالأبوة أو الأمومة :

وكا يصح إقرار الرجل والمرأة ببنته الولد يصح إقرار الولد بأبوة شخص معين ، أو بأمومة امرأة معينة ، وتثبت الأبوة والأمومة إذا توفرت شروط ثلاثة .

١ - أن يكون المقر مجهول الأب أو الأم .

٢ - وأن يولد مثله لمثل المقر له منها .

٣ - وأن يصدقه المقر له مطلقاً ، لأنه لا يكون إلا كبيراً أو كبيرة .

وبزيم إقراره بالأبوة ألا يصرح بأنه أبوه من الزنا ، أما إذا صرح في إقراره بالأمومة بأنها أمت به من سفاح ، وتوفرت الشروط الثلاثة السابقة ، وأثبتت ولادته من الزنى ثبت نسبته منها

وبما ينبغي ملاحظته هنا . أن المقر بالنسب إذا أنكر أنه أقر فأقام المستفيد من هذا الأقرار بينة على إقراره ثبت ذلك الأقرار بتلك البينة وثبت النسب بذلك الأقرار .

الثاني : وهو أقرار الشخص بالنسب على الغير ، ويكون بالأقرار بالنوع الثاني من القرابة ، ويسمى الأقرار بفرع النسب . كالأقرار بالأخوة والأعمام والأجداد وأولاد الأولاد .

فإذا قال : هذا أخي كان إقراراً بالنسب على أبيه ، لأن معناه هذا ابن أبي ، وإذا قال : هذا عمي كان إقراراً بالنسب على جده ، لأن معناه هذا ابن جدي وهكذا بقية القرابات .

وهذا الأقرار يتضمن أمرين .

١ - تحميل النسب على الغير .

٢ - استحقاق المقر له في مال المقر عليه بعد وفاته .

والأقرار حجة قاصرة لا تعدى المقر إلى غيره فلا يكون له أثر فيما يتعلق بالغير غيره إقراره بالنسب فلا يثبت به نسب المقر له على ذلك ، لأنه لا يملك أحد أن يلحق نسب شخص بآخر بمجرد دعواه حتى ولو صدقه المقر له في ذلك الأقرار ، لأنه متهم في هذا التصديق حيث يحل عليه نفعاً لا يوجد بدور الأقرار .

ولا يثبت النسب إلا بأحد أمرين :

أولهما : أن يصدقه المقر عليه بالنسب ، ويكون هذا التصديق من النوع الأول من الأقرار ، وهو الأقرار على النفس ، ولا يكون لأقرار المقر هنا أثر في ثبوت النسب بل يعتبر تصديق المقر عليه إقراراً مبتدأً بالنسب ، لأنه لو أقر به ابتداءً ثبت إذا توفرت شروطه .

ثانيهما : إذا أقام المقر بينة على دعواه أو صدقه ورثة المقر عليه بعد وفاته ، لأن تصديقهم يعتبر بينة فيثبت النسب بالبينة لا بالأقرار ، وهو النوع الثالث من مثبتات النسب .

وإذا لم يكن للأقرار على الغير أثر في ثبوت النسب جاز له الرجوع عنه بعد صدوره منه .

وإذا ثبت على إقراره قبل في حق نفسه فيعامل بمقتضى ذلك الأقرار في الحقوق المالية إذا توافرت بقية شروط صحة الأقرار من كون المقر له مجبول النسب ، وكونه مما يتصور أن يولد مثله لثل المقر عليه ، وأن يصدق المقر له



المقر في هذا الأقرار . فلو كان المقر له عاجزا عن الكسب ولا مال له لزم المقر نفقته إن كان موسرا .

فإذا مات من يرثه المقر بالقرابة النسبية وورث منه شريكه المقر له في نصيبه عند الحنفية والمالكية والحنابلة والجمهورية على اختلاف بينهم في مقدار المشاركة<sup>(١)</sup> .

فالحنفية يقاسمه نصيبه ، والجمهورية في أصح القولين عندما أنه يأخذ مقدار ما يستحقه من نصيبه ويسقط ما يستحقه من الآخرين ، لأن الأثر ثبت في حق المقر دون المنكر فعلى المقر أن يدفع ما فضل من ميراثه لمن أقر له ويسقط حق المقر له في نصيب غير المقر .

فلو مات أبو المقر عن ولدين منها هذا المقر أخذ الابن غير المقر نصف التركة والنصف الثاني يقسم بالسوية بين المقر والمقر له بالأخوة عند الحنفية .

وعند الجمهورية يأخذ غير المقر نصف التركة والابن المقر الثلث ، ويعطى المقر له السدس<sup>(٢)</sup> .

وإذا مات المقر بهذا النسب ولم يوجد له وارث بأي سبب من الأسباب استحق المقر له تركته كلها بطريق الميراث عند الحنفية ، لأنه لما بطل إقراره بهذا النسب بقي إقراره بالمال صحيحاً ، لأنه لا يعدوه إلى غيره إذا لم يكن له

---

(١) والتألفية يلحقون إلى أنه إن ثبت نسبه وورث في موكبته . وإن لم يثبت لا يرث لا ينسب ولا ينفق لأن إقرار المقر بالتبطل باطل وهو أساس الأثر . فإذا لم يثبت لا يثبت ما يترتب عليه ثم قلنا : إن هذا في الظاهر أي في القضاء . وهل يلزمه ديناً قولان أحدهما لا يلزمه ويوافقهم الظاهرية في ذلك .

(٢) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ١٣٩ ويوافقهم المالكية والحنابلة في أصح الروايات . المعنى لابن قدامة ج ٦ ص ٢٧٧ طبعة المنار .

وارث معروف ، ولذلك جعلوه آخر مراتب الورثة فيستحق كل التركة إذا لم يكن له وارث أصلاً ، وباقيا بعد فرض أحد الزوجين لأنهم لا يقولون بالرد على الزوجين (١) .

وقد كان العمل بمصر يجري على مذهب الحنفية في الميراث قبل صدور قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٣٣ ، فلما صدر ذلك القانون عدل عن مذهب الحنفية في بعض الأحكام ومنها هذا الحكم حيث لم يجعله وارثاً عملاً بمذهب المانعين لأثره ، وإنما جعله مستحقاً للتركة احتراماً لأرادة المقر ، وتحقيقاً لرغبته فيما تركه من مال لا وارث له حيث لا يلحق أحد الضرر من تنفيذ إرادته ، لأن هذا الأقرار يؤول في نهايته إلى كونه وصية بكل المال فيجب تنفيذها ، غير أنه ليس وصية خالصة بل له شبه بالميراث ، لأن صدوره منه بهذه الصورة يجعله أقرب شياً بالميراث منه بالوصية ، لذلك قدم على الوصية بما زاد على الثلث ، وشرط في المقر له ما يشترط في الوارث لاعتباره إرثاً عند بعض الفقهاء ، فيجب ثبوت هذا الاستحقاق توفر شروط الأثر وعدم وجود مانع من موامنه ، فلو قتل المقر قتيلاً مانعاً من الأثر أو كان غافلاً له في الدين لا يستحق شيئاً من التركة .

جاء ذلك في المادة - ٤١ - من هذا القانون ونصها : « إذا أقر الميت بالنسب على غيره استمتع المقر له كل التركة إذا كان مجهول النسب ولم يثبت نسبه من الغير ولم يرجع المقر عن إقراره ، ويشترط في هذه الحالة أن يكون المقر له حياً وقت موت المقر أو وقت الحكم باعتباره ميتاً ، ولا يقوم به مانع من موانع الأثر » (٢) .

(١) شرح السراجية وحاشيته ص ٥٨ .

(٢) راجع كتابنا : أحكام الموارث بين الفقه والقانون ص ٢١٥ ، ص ٢١٦ .

### الفرق بين الأقرار بالبنوة والتبني :

إن الأقرار بالبنوة هو اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول النسب ، فهو يعترف ببنوة ولد مخلوق من مائه فيكون ابناً له ثابت النسب منه وليس له نسب آخر يتساوى مع ابنه الثابت نسبه بالفراش لا فوق بينها إلا في طريق الأثبات تثبت له كافة الحقوق الثابتة للأبناء من النفقة والأرث وحرمة المصاهرة ، واحتمال أنه كاذب في الواقع لا يلتفت إليه ، لأنه لا يوجد ما يثبت كذبه ، فالظاهر يصدقه ، والله يتولى سرائره .

أما التبني فهو استلحاق شخص ولداً معروف النسب لغيره أو مجهول النسب كالقطيع ويصرح أنه يهبه ولداً له مع كونه ليس ولداً له في الحقيقة .

وهذا النوع هو الذي كان في الجاهلية ، وقد كانوا يحاولونه كالأبن الحقيقي يأخذ أحكامه من النفقة والميراث ويحرم زوجته على متبنيه .

فلما جاء الإسلام أبطله وبين أنه مجرد دعوى لا أساس لها يقول الله تعالى :  
« وما جعل أضيافكم أبناءكم ذلك قولكم بأفواهكم ، والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ، ادعواهم لأبائهم هو أقصط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفوراً رحيماً ، الأحزاب - ٤ ، ٥ .

ومع أن هذا التبني كذب واقتراء على الله والناس كما صرح القرآن بذلك يؤدي إلى مفاسد كثيرة .

منها : أنه يأتي بشخص أجنبي يعيش مع أجنبيات عنه لا تربطه بهم رابطة مشروعة ، فيطعن منهن على ما حرم الله الإطلاع عليه ويحرم عليه الزواج منهن مع أنهن محلات له .

ومنها : أنه يحمل الأقارب واجبات ترتب على ذلك فتجب نفقة ذلك المتبنى عليهم إن كان محتاجاً إليها ، ويشاركهم الميراث فيحرمهم من بعض ما يستحقونه منه .

وقد يستعمل وسيلة الحرمان منه . بأن يعمد الرجل صاحب المال فيتبنى أبناً ليرث ماله ويحرم منه أصحاب الحق في الميراث بشرع الله من أخوة وأخوات فيفرض بذلك بذور الشقاق والحقد بين الأسر ، ويفككها ويقطع حبل المودة بين أفرادها .

ولو لم يكن في التبني من هذه المفاصد إلا إحداها لكان خليقاً بالأنباء والأهدار .

وإذا كان الشارع قد حرم التبني لما فيه من المفاصد وأغلق باباً فلم يفتق باب الأحسان بل فتحه على مصراعيه ، وجعل للشخص إذا وجد طفلاً بلائساً محروماً من يقوم بشأه ويتولاه برعايته أن يأخذه ليربيه وينفق عليه ليمسح بيده الرحمة عن هذا المخلوق آثار البؤس والفاقة ، كما لم يمنعه من أن يهبه بعض ماله أو يوصي له ببعضه إذا لم يبلغ الغاية من التربية دون أن يلحقه بالنسب إليه ، ودون أن يحوّل بفعله على حقوق أبنائه أو أقاربه .

### المبحث الثالث

#### في البيئة

كما ثبتت النسب بالأقرار بشروطه السابقة يثبت النسب بالبيئة ، بل هي أقوى من الأقرار ، لأنها حجة متمدية إلى الغير ، والأقرار حجة قاصرة تقتصر على المقر كما سبق .

ولذلك لو تعارض إقرار وبينة في دعوى النسب رجح جانب صاحب البينة .

فلو كان هناك ولد ليس له نسب معروف فأخذه رجل وادعى نسبه ، وتوفرت شروط الإقرار السابقة ثبت نسبه بذلك الإقرار ، فلو جاء رجل آخر وادعى نسبه وأقام بينة صحيحة على أنه ابنه كان أحق به من المقر ، لأن النسب وإن ثبت في الظاهر بالإقرار إلا أنه غير مؤكد فاحتمل البطلان بالبينة لأنها أقوى منه <sup>(١)</sup> .

والبينة التي يثبت بها النسب هنا هي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين .

فإذا ادعى رجل : أن فلانا ابنه أو أبوه أو أخوه أو عمه أو جده أو ابن ابنه وأنكر المدعى عليه هذه الدعوى فأقام المدعى البينة <sup>(٢)</sup> على دعواه قبلت هذه الدعوى وثبت النسب وترتب كل الحقوق والأحكام التي تبني على هذا النسب بعد توافر الشروط المصححة لتلك الدعوى وقد قدمناها في الأقرار .

وعند الجعفرية لا تثبت دعوى النسب إلا بشهادة رجلين عدلين ، ولا تقبل

(١) البدائع ج ٦ ص ٢٥٤ .

(٢) إن الأصل في الشهادة أن تكون عن معانلة الشهود للشهود عليه أو سماعه به نفسه إن كان مسموعا ، لكن الخفية أحازروا الشهادة بالسمع استحصانا وإن لم ير الشهود ما شهدوا عليه أو يسمعون ، بأنفسهم إذا أخبرهم به من يشقون بهم ، ومن هذه الأمور النسب ، لأن هذه الأمور لا يطلع عليها كل الناس ويتعلق بها أحكام تبقى على مر الزمان ، فإذا لم تجز الشهادة فيها بالسمع تمطلت الأحكام ، ولكن ما المراد بالسمع ؟ يرى أبو حنيفة أنه اشتداد الشك بين الناس ويستفيض بينهم ، لأن مثل ذلك يوقع في القلب التصديق بما يسمع ، والصاحبان يكتفيان بالسمع من رجلين أو رجل وامرأتين من أهل الشهادة .  
وقد مال بعض الفقهاء إلى اختيار قولها ، لأن القاضي يحكم بشهادة رجلين ولو لم ير الشهود به أو يسمعه بنفسه

وإذا عزل كان له أن يشهد بذلك بعد العزل وهذا مثله . فتح القدير ج ٦ ص ٢٠ وما بعدهما .

شهادة النساء لا منفردات ولا منضيات إلى الرجال ، كما ثبتت بالاستقاضة . وهي أن يشتهر الإنسان عند جماعة يقع بينهم بأنه ابن فلان بحيث إذا سئل عنه مفسوياً إليه دل عليه وأن يسجل اسمه بهذا السبب <sup>١</sup>

وبما يلاحظ هنا : أن دعوى النسب تقبل مجردة في بعض الحالات ، ولا تقبل في بعضها إلا إذا كانت ضمن حق آخر على التفصيل الآتي .

فإذا كانت بأصل النسب وهو الأبوّة والبنوّة . فإن كانت حال حياة الأب أو الأم مهمت الدعوى مجردة بالنسب ، ويجري الأثبات على النسب قصداً ، وأولى أن يقبل ضمن حق آخر كالنفقة والميراث .

وإن كانت الدعوى بعد وفاة الأب أو الأم فلا تسمع الدعوى بالنسب استقلالاً ، لأنها دعوى على ميت وهو غائب ، والغائب لا يصح القضاء عليه قصداً ويصح تبعاً .

أما إذا كانت ضمن حق آخر كدعوى الميراث مثلاً ، فإنها تقبل لأن النسب هنا ليس مقصوداً لذاته بل هو وسيلة لأثبات الحق المتنازع فيه ، والخصم هنا ليس هو الميت بل الورثة أو من يبدله التركة .

وإذا كانت الدعوى بما يتفرع على أصل النسب كالأخوة والمعمومة مثلاً فلا تسمع الدعوى بالنسب على سبيل الاستقلال حياً كان المدعى عليه بالنسب أو ميتاً ، لأن هذه الدعوى فيها تحميل النسب على الغير ، ولا يثبت النسب إلا إذا ثبت من الغير أولاً وهو الأب أو الجد فلا يكون النسب هنا مقصوداً بالذات للدعي ، بل المقصود ما يترتب عليه من الحقوق كالنفقة والأثر .

---

(١) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣٠٩

فإذا ادعى النسب مجرداً عن حق آخر كانت دعوى بحق غير مقصود له فلا تقبل ، وإن كانت ضمن دعوى حق آخر لا يثبت إلا إذا ثبت النسب . كالنفقة أو الميراث كانت دعوى مقبولة سواء كان المدعى عليه حياً أو ميتاً لأن المقصود الأصلي هو الحق المترتب على ثبوت النسب ، والخصم هنا من بيده التركة ، فيقضي له بالحق الذي يدعيه ويثبت النسب ضمناً وتبهما .

كما يلاحظ أيضاً : أن هذه الطرق الثلاثة ليست كلها في مرتبة واحدة ، بل إن الفراش هو السبب الحقيقي للنسب لأنه المنشئ له ، أما الأقرار والبيئة فهما سببان ظاهريان يدل كل منهما على وجود السبب الحقيقي وهو الفراش ، لأن الولد الشرعي لا يكون إلا ثمرة فراش .





## الفصل الثالث

### في اللقيط وأحكامه

**اللقيط :** مولود حيّ نبذه أهله لسبب من الأسباب . كخوف العيلة أو الفرار من تهمة الزنا أو ما شاكل ذلك ، وتوسع فيه الجعفرية فقالوا : هو كل آدمي ضائع لا كافل له ولا يقدر على دفع الضرر عن نفسه صبيّاً كان أو مجنوناً .

**حكم التقاطه :** والتقاط اللقيط مندوب إليه شرعاً يثاب فاعله إذا وجد في مكان لا يغلب على الظن هلاكه لو تركه ، فإن غلب على الظن هلاكه لو تركه كان التقاطه فرضاً عليه بحيث يأثم إذا لم يأخذه ، لأنه مخلوق ضعيف لم يقترف إثماً يستحق عليه الأهمال ، وإنما الأثم على من طرحه أو تسبب في وجوده من طريق غير مشروع .

**الأحق به :** وملتقطه أحق للناس بأمساكه وحفظه ؛ لأنه الذي تسبب في إحيائه ، وليس للحاكم ولا لغيره أن يأخذه منه جبراً عنه إلا إذا تبين أنه غير صالح للقيام برعايته .

وإذا التقطه أكثر من واحد وتنازعه فالأحق به أرجعهم بالاسلام أو

القدرة على حفظه وتربيته ، فإن تساوا وضعه القاضي عند أصلهم رعاية لشئونه في نظره .

والأسلام الذي حرم التبني 'عني بهذا اللقيط: فأوجب التقاطه وحرّم إهماله وتضييعه ، واعتبره مسلماً حراً إذا وجد في دار الإسلام أو التقطه مسلم من أي مكان .

فإن التقطه ذميّ في مكان خاص بهم كان على دين من التقطه عملاً بهذه القرائن التي ترجح ولادته لغير المسلمين ... والجمعفوية يعتبرونه مسلماً على كل حال .

ومع اعتباره مسلماً إذا وجد في دار الإسلام لو ادعى ذميّ أنه ابنه وأقام بيّنة على ذلك ثبت نسبه منه وكان على دينه إعمالاً للبيّنة ، لأن الأصل أن من يولد في دار الإسلام يكون مسلماً تبعاً للدار إلا إذا قام الدليل على خلافه

أما إذا لم يحم البيّنة وتوفرت شروط الأقرار بالنسب ثبت نسبه من ذلك الذمي وكان مسلماً تبعاً للدار ، لأن الأقرار حجة قاصرة كما قلنا فيعمل به في ثبوت النسب وتبقى التبعية للدار لا يعارضها شيء باتفاق الحنفية والجمعفوية .

أهليته للملك : واللقيط أهل للملك لأنه حر ، فإذا وجد معه مال فهو ملك له ، لأنه صاحب اليد عليه ، وكان على الملتقط المحافظة على هذا المال ، ولا ينفق منه عليه شيئاً إلا بأذن القاضي صاحب الولاية عليه ، لأن الملتقط لا يملك من أمره إلا الحفظ والرعاية ، وما ينفقه عليه من ماله بغير الأذن يكون متبرعاً به إلا إذا أشهد حين الاتفاق أنه سيرجع به عليه .

وقال الجمعفوية : إذا أنفق الملتقط على اللقيط من مال نفسه مع إمكانه الاستعانة على النفقة بإلحاح أو بالمسلمين كان متبرعاً ، فإذا تعذر عليه الرجوع إلى إلحاح والاستعانة بالمسلمين وأنفق عليه من مال نفسه رجع على اللقيط بعد يساره إذا ترقى عند الاتفاق الرجوع عليه .

وإذا لم يوجد مع اللقيط مال ولم يوجد من ينفق عليه تبرعاً فنفقته في بيت مال المسلمين ، ويوجد في مصر قسم من موارد الدولة يطلق عليه اسم ( بيت المال ) يضم الأموال التي لا مال لك لها والتركات التي لا وارث لها مخصص للاتفاق منه على اللقطاء ، لأن اللقيط إذا مات ولم يعرف له وارث فتركته لبيت مال المسلمين ، فيكون في الاتفاق عليه من هذا القسم مقابلة للفرم بالتمن .

وإذا لم يكن للملتقط على اللقيط ولاية التصرف في المال الذي وجده معه إلا بإذن القاضي فإن له عليه ولاية المحافظة عليه وعلى هذا المال ، ويقبض عنه ما يوجب له أو يتصدق به أهل الخير عليه ، ويشترى له ما يلزمه من طعام وكسوة .

كما أن له ولاية تربيته وتعليمه بأن لا مدرسة ليتعلم فيها إن كان بقدر على ذلك وكان عند اللقيط رغبة في التعلم واستعداد له ، فإن لم يمكن ذلك كان عليه أن يعلّمه حرفة أو صناعة تكون سبيلاً لتكسبه في المستقبل لئلا يتلا يكون عالة على المجتمع .

نسب اللقيط : إذا ادعى شخص بنوة اللقيط ثبت نسبه منه دون حاجة إلى بينة إذا توفرت شروط الأقرار السابقة . يستوي في ذلك ملتقطه وغيره ، ويصبح بعد ذلك ابناً حقيقياً له .

وإذا ادعى بنوته أكثر من واحد وكان منها الملتقط رجح الملتقط إلا إذا أقام غيره بينة على دعواه لأن البينة أقوى من الأقرار .

وإذا ادعاه اثنان ليس منها الملتقط رجح أسبقها دعوى إلا إذا أقام المتأخر البينة ، وإذا لم يسبق أحدهما الآخر رجح من أقام بينة .

فإن لم تكن لها بينة أو أقام كل منها بينة رجح من ذكر علامة مميزة فيه لأنه بذلك يكون قد سبق يده إليه ، فإن تساوى ولا مرجح لأحدهما فمحافظة على

النسب من الضياع ينسب إلى كل منها وإن كان الواقع أنه ليس ابناً لها معاً ، ولكن معاملة لها بأقرارها ، فيثبت له على كل منها الحقوق الواجبة على الآباء للأبناء من النفقة وغيرها ، وله حق الإرث من كل منها ميراث ابن كامل ، ولو مات اللقيط ورثا منه ميراث أب واحد يقسم بينها بالسوية .

ونهب الجعفرية : إلى أنه عند تساويها يقرع بينها <sup>(١)</sup> ، فمن خرجت له القرعة ثبت نسبه منه .

وأذا ادعت المرأة بنوة اللقيط : فإن كان لها زوج وصديقها أو شهدت الغالبة بولادتها أو أقامت بينة على ذلك صحت دعواها وثبت نسبه منها .

وإن لم يكن لها زوج فلا يثبت نسبه منها إلا إذا أقامت بينة كاملة من رجلين أو رجل وامرأتين من أهل الشهادة عند الحنفية .

والفرق بينها وبين الرجل حيث تقبل دعواه بدون بينة ولا تقبل دعواها إلا ببينة . أن في ثبوت النسب للرجل المدعي دفعا للعار عن اللقيط بانتسابه إلى أب معروف ، ولا يوجد ذلك في دعوى المرأة ، لأنه ينسب إليها من أتت به من طريق مشروع وغير مشروع <sup>(٢)</sup> .

والجعفرية يسوون بينها في ثبوت النسب فقالوا : إذا ادعت المرأة ولم

(١) وقرب من هذا ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة أنه لا يثبت نسبه من كل منهما ، وإنما يرجع في ذلك إلى القائف وهو الذي يعرف الشبه فيقول : إن هذا الولد يشبه هذا الرجل . وقولهم وقول الجعفرية أقرب إلى القبول من قول الحنفية الذين لم يأخذوا بالقرعة ولا بشهادة القائف واستندوا إلى ما أرو عن عمر رضي الله عنه أنه قال في مثل هذا : « إنه ابنهما يرثهما ويرثانه » البدائع ج ٦ ص ٢٠٠ .

(٢) ولذلك قلنا فيما سبق أنها لو ادعت أنه ابنها من سفاح صدقت في ذلك ونسب إليها إذا أثبتت ولادتها له بقول امرأة من أهل الشهادة ، ولا تقبل دعواه بذلك . .

يصدقها الزوج ولم تكن لها بيئة ألحق بها خاصة لاتحاد السبب وهو الأقرار ،  
والأقرار من العاقل على نفسه مقبول لا فرق بين الرجل والمرأة في ذلك<sup>(١)</sup> .

هذا والذي يجري عليه العمل في جمهورية مصر العربية : أن الرجل الذي  
يجد لقيطاً ولا يرغب في تربيته يسلمه إلى رجال الإدارة من الشرطة لتقوم  
بالتحريات عنه ، فإذا لم تجد له أهلاً سلمته إلى بيت من بيوت اللقطاء لتقوم  
برعايته وتربيته ، ومن أراد أن يأخذ لقيطاً ليتولى تربيته أوجب إلى طلبه متى  
كان قادراً على ذلك مع أخذ التمهيد عليه بالقيام بواجباته دون أن يترتب على  
ذلك وجود علاقة من العلاقات الموجودة بين الآباء والأبناء .

(١) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ١٣٣ .



## الباب الثاني

### في الرضاع<sup>(١)</sup>

#### وفيهِ فصولان

قدمنا الكلام عن الرضاع من ناحية كونه سبباً من أسباب تحريم الزواج .  
ونتكلم عنه هنا باعتباره حقاً للطفل المتسوب بالوالديه بمجرد ولادته بسبب  
من أسباب ثبوت النسب السابقة .

---

(١) من مراجع هذا البحث . الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٣ ، بدائع الصنائع ج ٤ ،  
تبيين الحقائق الزيلعي ج ٣ ، فتح القدير ج ٣ ، البحر الرائق لابن نجيم ج ٣ ، ودخاتر الدبر  
الختار لابن عابد بن ج ٧ ، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٤ وما بعدها ، المنة الممشقة بشرحها ج ٥ ص ٧٥٢  
وما بعدها ، فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣١ وما بعدها ، الأحكام الجعفرية .





## الفصل الأول

في وجوب الرضاع للرضيع ، وعلى من يجب ؟

يقول الله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » ، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها ، لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ، وعلى الوارث مثل ذلك ، فإن أرادوا فصلا عن تراض منها وتشاور فلا جناح عليهما ، وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما آتيتكم بالمعروف ، واتقوا الله واعلموا أن الله بما تعملون بصير » البقرة - ٢٣٣ .

ويقول جل شأنه في شأن المملقات : « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وأتمروا بينكم بمعروف وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى » الطلاق - ٦ .

في هاتين الآيتين وضع المولى سببانه الأسس التي تقوم عليها أحكام الرضاع ، ومنها استنبط الفقهاء أكثر أحكامه ، وفيها توزيع لمسئولية الرضاع بين الأب والأم ، فكل منهما يقوم بما يستطيعه دون مضارة لأحدهما ، فالأم بلبنها الذي أجراه الله في ثديها غذاء لطفلها وهو أنسب غذاء له في هذه الفترة بعد أن تغذى بدمها فترة الحمل ، والأب بالانفاق عليها ليدر لبنها .

ثم رفع الجناح عن إرضاع الأجنبية إذا ما تمذر إرضاع الأم ، وقد كان هذا عرفاً شائعاً عند العرب قبل الإسلام يسرون عليه راضية به نفوسهم ، فلم يعرض له بالألفاء كما أُلقي غيره من الأعراف بل أقره وقوضه لأرادة الآباء مع التصريح برفع الجناح عنهم في ذلك .

وتقتضى الآية الأولى بحملة خيرية تحمل معنى الأمر « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » فنظر المفسرون في تأييد أن الرضاع حق للأم لها أن تستوفيه ولها أن تتنازل عنه ، ونظراً لمعنى الأمر فيها تفيد أنه واجب عليها لا تستطيع تركه إلا إذا منعها من ذلك مانع كمرض ونحوه ، ومن هنا جاء اختلاف الفقهاء في وجوب الرضاع على الأم ، وفي هذا يقول القرطبي في تفسيره : « واختلف الناس في الرضاع هل هو حق للأم أو حق عليها واللفظ محتمل ... وبعد كلام يقول مبيّننا مذهب إمامه مالك : ولكن هو عليها في حال الزوجية وهو عرف يلزم إذ قد صار كالشرط إلا أن تكون شريفة ذات ترغه فمرفها ألا ترضع وذلك كالشرط » .

وإن نظرة عامة في مذاهب الفقهاء يحدها متفقة على أنه واجب على الأم في بعض الحالات ، وعبر واجب عليها في حالات أخرى مع اتفاق الجميع على أنه حق للأم لا لغيرها . يبرها في استيفائه إذا أراعت مصالحه يكن في ذلك ضرر يلحق الرضيع أو الأب ، لأن الأم أقرب الناس إلى وليدها ينض قلبها بالحنان والشفقة عليه فوق أن لبنها أفضل غذاء له بما عدها لأنه يلائم جسمه الذي تغذى به دماً وهو جنين في بطنها .

وإليك تلخيصاً لأرائهم تتبعه بتفصيل لمذهبي الحنفية والمالكية .

اتفق الفقهاء على أن الرضاع واجب على الأم ديانة في جميع الحالات سواء كانت زوجيتها قائمة أو انتهت . بمعنى أنها مسؤولة أمام الله عن ذلك بحيث تأثم لو امتنعت عنه وهي قادرة عليه .

واختلفوا بعد ذلك في وجوبه عليها قضاء . أي أن القاضى يعبرها عليه إذا امتنعت عنه بدون عذر .

فهرى مالك في المشهور عنه : أنه واجب عليها قضاء إذا كانت زوجة أو معتدة من طلاق رجعي كما هو واجب ديانة لظاهر الأمر وهو يفيد الوجوب قضاء وديانة إلا إذا كانت ذات ترقة لم يحرم عرف قومها بارضاع نسائهم أولادهم لأن هذا كان في الجاهلية ولم يغيره الإسلام ، ولأنها تتضرر حينئذ بالزامها بالارضاع إلا إذا تمكنت للارضاع بأن كان الطفل لا يقبل إلا ثديا فانها تجبر عليه محافظة على الصغير من الهلاك وهو ضرر أكبر من تضررها بالارضاع تغيير حتي ولو كانت مطلقة بائنا .

والشافعية والجمعونية : يوجبون عليها أن ترضعه أول لبنها المسمى بالباء ، لأن الولد يقوى وتشد بنيته به ، ولا يجب عليها أن ترضعه ما بعده يستوي في ذلك أن تكون زوجة أو أجنبية إلا إذا تمكنت بأن لم يوجد من يرضعه غيرها أو لم يقبل الطفل غير ثديا فيتمتع عليها الارضاع .

أما الحنفية فيقولون : إنه يجب عليها ديانة لا قضاء ، فإن امتنعت عنه بدون عذر فلا تجبر قضاء عليه إلا في حالات ثلاث .

١ - إذا لم يكن للطفل ولا لأبيه مال يستأجر به مرضعا ولم توجد متبرعة بارضاعه .

٢ - إذا لم توجد من ترضعه غيرها بأجر أو بغير أجر وإن كان للأب مال الإبن مال .

٣ - إذا وجدت المرضعة ولكن الطفل لا يقبل غير ثدي أمه .

ففي هذه الحالات يتعين عليها الأرضاع وتجبر عليه قضاء حق لا يتعرض  
الطفل للهلاك .

وفي غير تلك الحالات إذا قامت الأم بإرضاعه فيها ، وإن امتنعت عنه  
بدون عذر ظاهر لا تجبر عليه لأن الرضاع حق للأم كما هو للولد ، ولا يجبر  
أحد على استيفاء حقه إلا إذا وجد ما يقتضي الإكسار عليه وهو المحافظة على  
حياة الطفل كما في الصور الثلاث السابقة .

ومن جهة أخرى إن الأم أكثر الناس شفقة وحنانا على ولدها ، وهي لا تمنع  
عن إرضاعه إلا لعدم قدرتها عليه ، فاجبارها حينئذ يلحق الضرر بها ، لأنها  
ستفعل ما لا قدرة لها عليه أو تتضرر به ، وقد نفى الله عنها الضرر بسبب ولدها  
« لا تضار والدة يولدها » .

وفي هذه الحالة يجب على الأب أن يستأجر له مرضعا<sup>(١)</sup> تقوم بإرضاعه حفظا  
له من الهلاك .

فإن لم يقد الأب باستئجار المرضعة كان للأم أن تطالبه بالقيام بذلك أو  
بدفع أجرة الرضاع إليها لتقوم هي باستئجار المرضعة محافظة على الولد .

#### هل تسقط حضانة الأم بذلك ؟

وامتناع الأم عن الأرضاع لا يسقط حضانتها لأنها حقان منفصلان لا يلزم  
من سقوط أحدهما سقوط الآخر ، وعلى الأب في هذه الحالة أن يتفق مع  
المرضعة على القيام بعملها على وجه لا يضيع حق الأم في الحضانة ، كان تقوم

---

(١) وتسمى بالظئر بالكسر وهي في اللغة . الناقة تعطف على فصيل غيرها ، ثم أطلق على  
الزوجة الأجنبية تعطف على ولد غيرها وترضعه كما يطلق على الرجل الحاضن أيضا وجهه أظار .

بإرضاعه عند أمه أو بنقل الولد إليها في أوقات الرضاعة ثم يرد إلى أمه ، فإن لم يتفق معها على شيء من ذلك كان عليها أن تذهب إلى حيث يوجد الطفل عند حاجته سواء كانت هي الأم أو غيرها لتستطيع الحاضنة القيام بما تقتضيه الحضانة .

وإذا كان للأب الحق في استئجار المرضعة عند امتناع الأم فليس معنى ذلك أنه يتحكم في أمر الأرضاع ويمنع الأم منه إذا رغبت فيه بعد الامتناع عنه ، لأن الأم حقة ثابتة في الرضاع وهي أحق به من الأجنبية ، ولا يملك الأب منعها منه ما لم يلحقه ضرر منه بأن كانت الأم تطلب أجر أعليه - حينئذ تستحق الأجر - بينما توجد متبرعة به ، أو تطلب أكثر مما تطلبه المرضعة ، لأن القرآن كما نفى الأضرار بالأم نفاه أيضا عن الأب « ولا مولود له بولده » ، وليس في منعها إضرار بها لأنها التي أساءت استعمال حقهما بطالب الأجر أو الزيادة ، وفي هذه الحالة يقال للأم : إما أن ترضعيه مجاناً أو بمثل الأجر الذي قبلته المرضعة أو تسليمه لها لترضعه وهي بالخيار .

لكن يستثنى من ذلك ما إذا كانت الأم مريضة بمرض يخشى على الطفل منه أو ثبت التحليل الطبي أن لبن الأم لا يصلح للطفل لسبب من الأسباب . ففي مثل هاتين الحالتين يكون للأب منع الأم من إرضاعه وإعطائه للرضعة محافظة عليه ومنعاً للضرر عنه .

وإذا سقط حق الأم في الرضاع كان على المرضعة أن توفى بما التزمت به .

فإن كانت متبرعة وأرضعته فترة ثم رغبت في إنهاء تبرعها أجيبت إلى ذلك لأنها محسنة ، ودأ على المحسنين من سبيل . إلا إذا كان الطفل لا يقبل ثدي غيرها فإنه يلزمها إرضاعه إلى أن يستغني عن الرضاع حتى لا يلحقه ضرر، ويجب

لها أجر مثلها في المدة الباقية لأنها أنهت تبرعها .

وكذلك إذا كانت ترضع بأجر وانتهت المدة المتفق عليها ولم يستغن الطفل عن الرضاع أجبرت على مد الأجرة لمدة أخرى تكفي لاستغناء الطفل عن الرضاعة إذا لم يقبل الطفل ثدي غيرها دفعا للضرر عن الرضيع ، وهي لا يلحقها من ذلك ضرر حيث يجب لها أجر المثل عن المدة الثانية .

أما الجعفورية : فيذهبون إلى أن الأم لا يجب عليها إلا إرضاع أول اللبن وهو اللبأ لكن في نظير أجر <sup>(١)</sup> من مال الطفل إن كان له مال ، وإلا فصلى الأب وإن علا جمعا بين الحقين . قالوا : وإنما وجب عليها ذلك لأن الولد لا يعيش بدون رضاعة هذا الجزء من اللبن .

وبعد ذلك لا يجب عليها إلا إذا تعينت له ، لكن يستعبد للأم أن ترضعه طوال المدة المعتبرة في الرضاع لأن لبنها أفضل من لبن غيرها ، لأنه أوفق بمزاجه لتغذيته به في الرحم دما .

وهي أحق بإرضاعه بأجر إذا لم تطلب زيادة عما تطلبه غيرها ، فإذا طلبت زيادة على غيرها تزعه الأب منها وأعطاه لغيرها ، وكذلك لو وجدت متبرعة بالرضاع ولم ترضي الأم إلا بالأجر .

وهل تسقط حضانتها بذلك أولا ؟ قولان عديم أقواهما بقاء الحضانة لها ، وتقوم المرضعة بأرضاعه عندها ، أو يحمل الطفل إليها للأرضاع في أوقات

---

(١) قالوا : ولا منافاة بين وجوب العمل واستحقاق حرضه كليل المال في الحمصة ( الجماعة ) المحتاج فلا وجه للقول بعدم الأجرة لأن واجب عليها ، لأن الوجوب للعمل وهو الأرضاع . وأخذ الأجر حر " ال وهو اللبأ فلا منافاة ، ونسبة المال الذي هو عرض عنه لغيرها مجاز . راجع الروضة البنية شرح للجنة للمحتشقة ج ٥ ص ٤٢٠ .

منتظمة ، فإن تعمّر هذا وذاك سقط حقها في الحضانة <sup>(١)</sup> .

وإذا استأجر الأب الأم للأرضاع فلها أن ترضعه بنفسها أو بغيرها إذا لم يشترط عليها الإرضاع بنفسها .

ولو ادعى الأب وجود متبرعة وأنكرت الأم ذلك فالقول قول الأب لأنه يدفع عن نفسه وجوب الأجرة <sup>(٢)</sup>

---

(١) المرجع السابق ص ٤٥٧ .

(٢) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٥ .





## الفصل الثاني

### في أجره الرضاع

والكلام في هذا الفصل يتناول الأمور الآتية :

١ - من التي تستحق أجره على الرضاع ؟

٢ - متى يستحق الأجر ؟ .

٣ - المدة التي تستحق فيها أجره الرضاع .

٤ - مقدار الأجرة - ٥ - وعلى من يجب ؟

١ - من التي تستحق أجره على الرضاع ؟

فيرى الحنفية : أن التي تقوم بالارضاع إما أن تكون الأم أو غيرها ، والأم إما أن تكون زوجة لوالد الرضيع أو معتدة منه بطلاق بائن أو رجعي ، أو انتهت عدتها .

فإن كانت زوجة أو معتدة من طلاق رجعي فلا تستحق أجره على الارضاع مطلقاً سواء كان واجباً عليها أو لا ، لأن أجره الرضاع ليست عوضاً

خالصاً بل هي أشبه بالنفقة ، لأن المقصود منها تغذية الأم ليدر لبنها الذي هو غذاء للصغير ، ولأن الأرضاع واجب عليها ديانة عندم ، والواجب الديني لا يستحق عليه أجر ، ولأن نفقتها في هذه الحالة واجبة على الأب باعتباره زوجاً أو مطلقاً فلا يجتمع لها بين نفقتين في وقت واحد ، لأنه غير معهود في الشرع .

وإن كانت معتدة من طلاق بائن ففي إحدى الروايتين في المذهب تجب لها النفقة ، لأن الزوجية قد انتهت بالطلاق البائن فأشبهت الأجنبية .

وفي الرواية الأخرى لا تجب لها النفقة على الأرضاع ، لأن زوجيتها وإن انقطعت بالطلاق البائن إلا أنها تجب لها النفقة على مطلقها والدالرضيع ما دامت في المدة ، فلو أوجبنا لها أجره على الرضاع لكانت جامعة بين نفقتين في وقت واحد .

وفقهاء المذهب وإن اختلفوا في الترجيح لتلك الروايتين إلا أن الفتوى على الثانية وهي التي تمنع وجوب النفقة ، والعمل في القضاء في مصر يسير عليها لقوة دليلها من جهة ، وللتيسير على الأب وعدم الأضرار به من جهة أخرى وبخاصة إذا لاحظنا أنها تستحق أجره على حضانة الطفل ، ولأن شبهها بالأجنبية الذي استندت إليه الرواية الأولى لا تأثير له في هذا الموضع ، لأن الأجنبية ليست لها نفقة على والد الرضيع غير أجره الرضاع فقياسها عليها قياس مع الفارق .

أما إذا انتهت عدتها فتستحق الأجره قولاً واحداً سواء كانت متمينة للأرضاع أو لا ، لأنها أصبحت أجنبية من كل وجه وارتفعت نفقة عدتها لقوله تعالى في شأن المطلقات : « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضمن حملن فإن أرضعن لكم فأكوهن أجورهن » الطلاق - ٦ .

وإذا كان المانع من وجوب أجره الرضاع للمعتدة هو استحقاقها نفقة للمدة على والد الرضيع وقد قدمنا أن المعتدة لا تستحق نفقة لأكثر من سنة بالمسادة السابعة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ حيث منعتها من المطالبة بنفقة.

لمدتها بعد مرور سنة على الطلاق . فيكون عدم استحقاق الأجرة على الرضاع  
للطفلة مرتبطاً بوجوب النفقة لها لا بكونها ممتدة

وعلى هذا إذا قامت بالارضاع لا تستحق أجراً عليه مدة سنة ، وبعد  
انقضاء استحقاق الأجرة إلى أن تنتهي مدة الرضاع ، لأنها صارت في حكم التي  
انقضت عدتها .

وكذلك لو كانت أسقطت نفقة عدتها في مقابل طلاقها منه يكون حكمها  
كحكم من انقضت عدتها في استحقاق الأجرة لانقطاع نفقتها من الأب ، وكذلك  
التي تزوجت بدون عقد موثق فإنها لا تستحق نفقة على زوجها إذا لم يعترف  
بالزوجة كما تقضي به المادة التاسعة والتسعون من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

أما الصغيرة : فإنهم يوجبون لها أجرة الرضاع في جميع الحالات سواء  
كانت زوجة أو ممتدة أو سنية .<sup>١</sup> فأنهم أوجبوا لها الأجرة على إرضاعها أول  
اللبن الواجب عليها أرضاعه كما سبق .

## ٢ - متى تستحق المرضع الأجر على الرضاع ؟

إذا كانت المرضع هي الأم فإنها تستحق الأجر بمجرد الأرضاع ، ولا  
يتوقف استحقاقها على سبق اتفاق بينها وبين الأب ولا على قضاء القاضي  
به ، ويكون الأجر المستحق هو أجر مثلها إلى أن يتفادى قدر معين ، وتكون  
ديناً على الأب لا يسقط إلا بالأداء أو الأبراء منه ، فلو ماتت الأم قبل قبضه كان  
لورثتها حق المطالبة به باعتباره جزءاً من تركتها ، ولو مات الأب قبل قبض  
الأم له أخذ من تركته كسائر الدين ، وكذلك لا تسقط بموت المرضع .

وإنما استحققت الأم الأجر دون توقف على اتفاق سابق لأن القرآن رتب  
الأجر على الأرضاع في قوله تعالى : « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ، فقد  
أمرت الآية بإعطاء الأجر بمجرد الإرضاع دون أن تقيده بقيد آخر .

ولأن إقبال الأم على إرضاع وليدها قبل الاتفاق على الأجر لا يدل على أنها متبرعة به ، لأن عطفها وحنانها على وليدها هو الذي دفعها إلى الإرضاع ، ولا يعقل أن تراه يتأوى أمامها من الجوع وتتركه بدون إرضاع حتى يتم الاتفاق مع أبيه .

أما غير الأم فإنها لا تستحق الأجر بمجرد الإرضاع ، بل لا تستحقه إلا من وقت الاتفاق ، لأنها مستأجرة للإرضاع فلا تستحق الأجرة إلا من يوم العقد .

### ٣ - مقدار المدة التي تستحق فيها أجرة الرضاع

لا تستحق الأم أجراً على الرضاع لأكثر من سنتين باتفاق الخفيفة<sup>(١)</sup> والجمعرية حتى ولو زاد إرضاع الطفل عن هذه المدة لقوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » فقد جعلت الآية تمام الرضاع كال الحولين وليس بعد التمام زيادة .

فلو زاد عن الحولين لا تجب أجرة على الزيادة وإن جاز ذلك الرضاع . وقيد الجمعرية الزيادة بشهر أو شهرين<sup>(٢)</sup> .

ولو اتفق الأب والأم على انقاص المدة عين الحولين جاز إذا كان في ذلك مصلحة الرضيع لقوله تعالى : « فإن أرادوا فصلاً عن تراش منها وتشاور فلا جناح عليهما » .

لكن الجمعرية يقولون : لا يجوز نقصان المدة عن أحد وعشرين شهراً أخذاً من الآية « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » قالوا : فإذا انقضى منها تسعة أشهر مدة الحل المعتادة بقي أحد وعشرون شهراً<sup>(٣)</sup> .

(١) هذا بالاتفاق بين الإمام وصاحبيه رغم اختلافهم في مدة الرضاع فأبو حنيفة ثلاثون شهراً وصاحبه سنتان فقط .

(٢) شرائع الإسلام ج ٧ ص ٤٤ ، اللعة المشقية ج ٥ ص ٤٠٦ .

(٣) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣١١ .

#### ٤ - مقدار أجره الرضاع :

مقدار الأجرة التي تستحقها الأم في الحالات التي تستحق فيها الأجر هو ما اتفقت مع الأب عليه إذا اتفقا على شيء قبل الرضاع، وإن لم يكن بينهما اتفاق على قدر معين فإنها تستحق أجر المثل وهو الأجرة التي تقبل امرأة أخرى أن ترضع به ، فإذا تنازعا قدره القاضي بذلك، فإن طلبت أكثر من ذلك لاتباع إلى طلبها .

#### ٥ - على من تجب أجره الرضاع ؟

إذا كان للرضيع مال وجبت الأجرة في ماله ، لأن رضاع الصغير هو غذاؤه، وغذاؤه من نفقته ، والأصل في النفقة أنها تكون من مال الشخص ، فإن لم يكن له مال فتكون على أبيه إن كان موسرا .

فإن كان معسرا وقادرا على الكسب أجبرت الأم على إرضاعه ، وكوت الأجر ديناً على الأب يدفعه لها إذا أيسر ، وإن كان معسرا عاجزا عن ذلك . أو متوفى وجبت أجرة الرضاع على من تجب عليه نفقة الصغير من الأقارب اهـ . تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ... » إلى أن قال : « والوارث مثل ذلك » وسيأتي تفصيل ذلك في مبحث نفقات الأب .

وعند الله فريضة : يجب الأجر في مال الصغير ، فإن لم يكن له مال فعلى الأب وإن علا ، فإن لم يكن كائن على الأم لوجوب الاتفاق بينهما . عسر الأب (١) .

(١) اللزمة الدمشقية ج ٥ ص ٤٥٦ .



# البَابُ الثالث

في المحضنة<sup>(١)</sup>

وفيه فصول

---

(١) من مراجع هذا البحث نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٤٨ ، سبل السلام ج ٢ ص ٢٢٦ ،  
تبيين الحقائق للزيلعي ج ٣ ، بدائع الصنائع ج ٤ ، البحر الرائق ج ٤ ، حاشية ابن عابدين ط  
النذر المختار ج ٤ ، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٥ ، اللمعة الدمشقية وشرحها ج ٥ ص ٤٥٨ ،  
فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣١٤ وما بعدها ، الأحكام الجعفرية ، مجلة الجامعة الشرعية





# الفصل الأول

في التعريف بها وأصعاب الحق فيها

الحضانة : بفتح الحاء وكسرهما لفة ضم الشيء إلى الحضن. وهو الجنب ( ما بين الأبط إلى الكشح ) أو الصدر أو المضدان وما بينها ، تقول : حضنت الشيء واحتضنته إذا ضمته إلى جنبك ، وحضنت الأم طفلها إذا ضمته إلى صدرها .

وشرعاً : هي القيام على تربية الطفل الذي لا يستقل بأمره برعاية شئونه من تدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه ووقايته مما يهلكه أو يضره .

والحضانة - كما ترى - أمر يتوقف وجوده على شخصين حاضن ومحضون والمحضون هو الطفل الصغير ، والحاضن إما امرأة أو رجل ، والصغير محتاج إلى الحضانة فهي في جانبه حق لأنه المنتفع بها ، ولأنه ليس أهلاً للوجوب ، وأما الجانب الآخر وهو الحاضن فهو مكلف بعمل وهو أهل للوجوب عليه .

فهل الحضانة حق أو واجب ؟

إذا نظرنا إلى شخص معين كالأم مثلاً نقول : إنها أحق الناس بحضانة

طفلها ما لم يمنع من ذلك مانع ، فإذا تمسكت به أجبرت إليه ، وإذا تنازلت عنه عند وجود من يصلح له صح ذلك للتنازل ، وهذا يعني أنه حق لها ، وإذا لم يوجد من يصلح له أجبرت عليه ، وإذا استعاضت عنه بشيء لا يصح ، وهذا يعني أنه واجب عليها .

وعلى هذا نستطيع أن نقول : إنه حق لكل من الحاضنة والمحضون وإن كان في جانب المحضون أقوى ، لأنه يجب توفره له في كل حال سواء وجدت حاضنة واحدة أو تعددت الحاضنات ، فإن لم يكن له إلا حاضنة واحدة تعين عليها فيكون واجبا لا مجرد حق .

وإن تعددت الحاضنات كانت حقا لمن كانت في المرتبة الأولى لا يقبل منها إسقاطه إلا إذا وجد من يقوم به ممن تأهل للحضانة .

وعلى هذا نرى أن الخلاف المحكي بين فقهاء الحنفية من أنها حق للصغير فقط ، أو أنها حق للحاضنة فقط لا يتفق مع حقيقة الحضانة التي لا توجد إلا بمحاضن ومحضون ، لأن الحق ثابت لكل منها وإن كان حقه أقوى ، لأنه محض حق لا يسقط بفعال ، أما في جانبها فهو حق يقبل الأسقاط والتنازل عنه وقد يكون واجبا لا يقبل الأسقاط إذا تعينت له .

ويتفرع على كونها حقا للصغير الأحكام الآتية :

١ - إذا تعينت الحاضنة أما كانت أو غير أم أجبرت عليها إذا امتنعت عنها حتى لا يفوت على الصغير حقه .

٢ - إذا خالمت الأم زوجها على أن تترك حضانتها لولدها وتترك لأبيه صح الخلع وبطل الشرط ، لأنه يبطل حق الصغير في الحضانة ، وهي وإن ملكت إبطال حقا فيها فلا تملك إبطال حق الصغير .

٣ - إذا صالحت زوجها على إسقاط حقها في الحضانة في مقابلة دين عليها له كان صلحا باطلا ، لأنه يثرتب عليه إسقاط حق الصغير ، ولذلك لو صالحته على إسقاط حقها في أجرة الحضانة في مقابلة الدين صح ذلك الصلح لأن الأجرة حق خالص لها .

ويتفرع على كونها حقاً للحاضنة ما يلي :

١ - ليس للأب ولا لغيره أن ينزع الصغير من صاحبة الحق في حضانتها يعطيه لحاضنة أخرى تليها في هذا الحق إلا بمسوخ شرعي ، لأن نزعها منها في هذه الحالة تقويت لحقها في الحضانة .

٢ - إذا كانت المرضعة غير الحاضنة وجب عليها إرضاعه على وجه لا يفوت حق الحاضنة بأن ترضعه عندها أو ينقل إليها الطفل وقت الرضاعة ثم يرد إلى حاضنته .

٣ - لا تجبر الحاضنة على القيام بالحضانة إذا امتنعت عنها عند وجود حاضنة أخرى تقبلها ، لأنها أسقطت حقها دون أن تقوت على الصغير حقه .

ومذهب الجعفرية في كون الحضانة حقاً أو واجباً قريب من مذهب الحنفية . يقول العامل في الروضة البهية : لا شبهة في كون الحضانة حقاً للأب والأم وسائر الأقارب مع عدمها ، ولكن هل تجب عليه مع ذلك أم له إسقاط حقه منها .

الأصل في الحقوق جواز الأسقاط ، ولذلك قالوا : لو امتنعت الأم من الحضانة صار الأب أولى به ، ولو امتنعت معها فالظاهر إجبار الأب ، ونقل عن بعض الأصحاب وجوبها وهو حسن حيث يستلزم تركها تضييع الولد إلا أن

حضاته تجب كفاية كغيره من المضطرين<sup>(١)</sup> .

من يثبت له حق الحضانة على الصغير :

إذا كان الطفل يخرج إلى الحياة عاجزاً عن كل شيء فيحتاج إلى من يقوم بأموره كلها ، فإذا بلغ حد التمييز واستطاع أن يقوم ببعض شؤونه ظهرت حاجته إلى نوع آخر من الخدمة كالتعلم والتهديب والصيانة عن الفساد ، فهو في طوريه محتاج إلى خدمة ، ولما كان النساء أقدر على النوع الأول لمسا لهن من الخبرة في هذه الأمور والصبر عليها جعله الشارع اليهن وقدمهن على الرجال في حق الحضانة ، ولما كان الرجال أقدر على النوع الثاني وكله الشارع اليهم ، فتوزعت المسؤولية بين النساء والرجال .

ولما كانت الأم بطبيعتها أحسن على وليدها من غيرها فشقتها لا تعد لها شفقة ، وعطفها لا يقاربه عطف جعلت في المراقبة الأولى من الحاضنات .<sup>٢</sup>

وهذا مضى قضاء رسول الله ﷺ وأصحابه من بعده دون أن يخالف أحد في ذلك .

روى الإمام أحمد وأبو داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص : ان امرأة قالت : يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وجحري له حواء ، وتديبي له سقاء وأن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال : « أنت أحق به ما لم تنكحي »<sup>(٣)</sup> .

---

(١) ج ٥ ص ٤٦٤ ثم علق على ذلك بقوله : وفي اختصاص الرجوب الكفائي بذئ الحق نظر ، وليس في الاخبار ما يبال على غير ثبوت اصل الاستحقاق ، اما كونه يقبل السقوط أولا فلا .

(٢) نيل الاوطار ج ٦ ص ٣٤٩ ، سيل السلام ج ٣ ص ٢٢٦ الحواء في الاصل البيت من الوبر .

وروى أن عمر بن الخطاب طلق زوجته أم عاصم ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم فأراد أن يأخذ منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام ، فانطلقا إلى أبي بكر فقال : « مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه » ، وفي رواية أخرى : « ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر » وكان ذلك بحضور من كثير من الصحابة (١) .

وفي رواية ثالثة أن النزاع كان بين عمر وجدة الغلام بعد أن تزوجت أمه ، وأنه رآه في الطريق فأخذه ، فلما ترافعا إلى أبي بكر قال : « ريقها ومسها وريقها خير له من الشهد عندك يا عمر » .

وبشبه هذا الحق للأم سواء كانت زوجة لأبي الصغير أو معتدة أو غير معتدة ما دامت أهلا للحضانة ولم يمنع من حضانتها مانع كتزوجها بأجنبي أو بقريب غير محرم .

فإن ماتت أو منع من حضانتها مانع انتقلت الحضانة إلى محارم الصغير من النساء الأقرب فالأقرب فتنتقل إلى الجدة لأم وإن علت درجتها ، ثم إلى أم الأب وإن علت ؛ وإنما تأخرت مرتبتها عن الجدة لأم لأن قرابتها من جهة الأب وهو مؤخر عن الأم .

فإن لم توجد واحدة من الجدات انتقلت الحضانة إلى الأخوات على أن تقدم الأخت الشقيقة وتليها الأخت لأم ، فإن لم تكن تكون للأخت لأب على الرواية الراجحة في المذهب ، وفي الرواية الأخرى أن الأخت لأب مؤخرة عن الحالة (٢) .

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٣١٤ .

(٢) وجه هذه الرواية الأخيرة أن الحالة أم كما جاء في الحديث ، ولأن الحالة أخت الأم

فإن لم توجد واحدة من الأخوات المؤهلات للحضانة انتقل الحق إلى بنت الأخت الشقيقة ثم بنت الأخت لأم ، فإن لم يوجد منهن من تصلح للحضانة انتقل الحق إلى الخالات فتقدم الشقيقة ثم تليها الحالة لأم ثم الحالة لأب ، فإن لم يوجد من الخالات من يصلح انتقل الحق إلى بنت الأخت لأب <sup>(١)</sup> ، ويحيى بعدها بنات الأخوة على الترتيب تقدم بنت الأخ الشقيق ثم بنت الأخ لأم ثم بنت الأخ لأب ، فإن لم يوجد من تصلح انتقل الحق إلى العمات على الترتيب السابق

فإن لم يوجد من العمات من تصلح انتقل الحق إلى خالات الأم على الترتيب السابق ، ثم يليهن خالات الأب تقدم حالة الأب الشقيقة ثم خالته من الأم ثم خالته من الأب ، ثم عمات الأم على الترتيب السابق ، ثم عمات الأب كذلك على الترتيب السابق .

وبما يلاحظ هنا في هذا الترتيب : أن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب في جميع الأصناف عند اتحاد الدرجة ، لأن الأم مقدمة في الحضانة على الأب فتكون قرابتها كذلك ، ولأن قرابة الأم أعطف على الصغير من قرابة الأب .

وأن الجدة مقدمة على الأخت مطلقاً ، لأن الجدة أعطف على الصغير من الأخت ، ولأن اتصالها بالصغير من طريق الولادة فهو كالجزء منها .

وأن القرابة الشقيقة مقدمة على غيرها لقوتها بتمدد جهتها وتوفر الشفقة .

---

سوقرابة الأم مقدمة على قرابة الأب ، ووجه الرواية الأولى الراجعة . أن الأخت أقرب إلى الصغيرة من الحالة ، فإنها بنت الأب والحالة بنت الجد ، وأن تقديم قرابة الأم على قرابة الأب عند التساوي في الدرجة ، وليست الأخت والحالة في درجة واحدة حتى تقدم الحالة عليها باعتبارها قرينة الأم ، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم « الحالة أم » كان لترجيحها على ابني المم وهما علي وجعفر ابنا أبي طالب لما تنازعا ابنة حمزة وقضى به ليريد لما قال « وشألتها نحتي » .

(١) وفي رواية مرجوحة أن بنت الأخت لأب مقدمة على الخالات ، وجه الرواية الراجعة أن قرابة الحالة من جهة الأم ، وقرابة بنت الأخت لأب من جهة الأب وهما في درجة واحدة فتقدم قرابة الأم وهي الحالة على قرابة الأب وهي بنت الأخت لأب .

وأن بنت الأخت مقدمة على العمة لأنها فرع الأبوين أو أحدهما ، والعمة فرع الجدين أو أحدهما .

وإذا لم يوجد من النساء المحارم من تصلح للحضانة ، أو وجدت ولم تكن أهلاً لها انتقلت الحضانة إلى الرجال من العصبات مطلقاً إن كان الطفل ذكراً ، وإلى العصة المحارم إن كان أنثى ويرتبون كترتيبهم في الميراث فيقدم الأب ثم الجد لأب وإن علا ، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ، ثم ابن الأخ لأب ، ثم العم الشقيق ثم العم لأب ، ثم عم الأب الشقيق ، ثم عم الأب لأب . فهؤلاء تثبت لهم الحضانة بهذا الترتيب على الصغير مطلقاً ذكراً كان أو أنثى ، لأن كل هؤلاء من المحارم .

ويأتي بعد هؤلاء ابن العم الشقيق ، ثم ابن العم لأب بالنسبة للذكر، وليست لها حضانة على الأنثى لأنها من غير المحارم ، والحضانة تمتد إلى سن المراهقة وفيها يخشى الوقوع في الفتنة .

فإذا لم يكن للصغيرة إلا ابن عمها يختار لها القاضي حسب رأيه ما يراه صالحاً لها فيضنها عند امرأة ثقة مأمونة إن لم يكن ابن عمها صالحاً مأموناً . وإن وجدته صالحاً مأموناً ضمها إليه .

فإن لم يوجد للصغير عاصب مطلقاً من الرجال ولا عاصب محرم للصغيرة أو وجد ولكنه ليس أهلاً للحضانة انتقلت الحضانة إلى المحارم من غير العصة ، وهم ذؤوا الأرحام الأقرب فالأقرب فتثبت للجد أبي الأم ، ثم الأخ لأم ، ثم ابن الأخ لأم ، ثم العم لأم ، ثم الخال الشقيق ، ثم الخال لأب ، ثم الخال لأم .

فإن لم يوجد واحد من هؤلاء انتقلت الحضانة إلى الأقرباء من غير المحارم كأولاد الخال وأولاد الخالة على أن لا يكون للرجال حضانة الإناث، ولا للإناث

حضانة للذكور ، لأن القرابة غير المحرمة يحل معها الزواج فيخشى أن يترتب على الضم مفسدة .

فإن لم يكن أحد من هؤلاء كان الرأي للقاضي يضمه إلى رجل أو امرأة من يثق في صلاحهم وقدرتهم على هذا العمل .

والعمل يجري في مصر على أن الصغير إذا لم يكن له أقارب مطلقاً يضم إلى دار من دور رعاية الأيتام .

ويلاحظ هنا أنه إذا تعدد المستحقون للحضانة من الرجال والنساء وكانوا في درجة واحدة وقوة واحدة كأخوة أشقاء أو أعمام أشقاء أو خالات شقيقات أو أخوات شقيقات قدم أصلهم لتربية الطفل وأقدرهم على رعايته ، فإن تساووا في الصلاح فأورعهم ، فإن تساووا فيه فأسنهم لأنه يكون أكثر تجربة من غيره . هذا هو ملهـب الحنفية في من له حق الحضانة

أما الجعفرية : فإنهم لا يفصلون بين حضانة النساء وحضانة الرجال ولكنهم يشبتونها أولاً للأم ثم للأب ، فإن لم يكونا أو كانا فاقدي الأهلية للحضانة انتقلت إلى الأقارب على ترتيب اختلفوا في بعض صورـه .

فالحضانة مشاركة بين الأم والأب في حالة قيام الزوجية ، فإذا كانت الأم مطلقة فهي أحق بها من الأب مدة عامين للذكر وهي مدة الرضاعة ، ولأنثى سبع سنين وقبل تسع ، وقبل هي أحق بها ما لم تتزوج والأول أظهر ، ثم تنتقل الحضانة إلى الأب ، فإذا مات الأب أو فقد أهليته للحضانة عادت إلى الأم وهي أولى بها من الجد ، ولو ماتت الأم أو فقدت أهليتها قبل انقضاء مدة حضانتها انتقلت الحضانة إلى الأب إن كان موجوداً ، وما دام الأب موجوداً



فلا حضانة لغيره ، فلو كان غير موجود بقيت الحضانة للأم ولو تزوجت (١) .

فإن مات أو فقد أهليته انتقلت بعده إلى الجد أبي الأب على رأي ، لأنه أب في الجملة فيكون أولى ، ولأنه أولى بالمال فيكون أولى بالحضانة (٢) .

فإن لم يكن الجد موجوداً أو وجد وكان فاقد الأهلية انتقل الحق للأقارب مرتبين ترتيب الإرث على المشهور لآية « وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله » الأنفال - ٧٥ .

فالجددة لأب أو لأم وإن علت أولى من العممة والحالة ، كما أنها أولى من بنات العمومة والخنولة ، وكذا الجددة الدنيا والعممة والعمالة أولى من العليسا منهن ، وكذا ذكور كل مرتبة ، فتقدم الأخوات ثم أولاد الإخوة والأخوات ، ثم لخالات والأخوال والعمات والأعمام ، ثم لأولاد الأعمام والأخوال ، ثم خالات الأم وخالات الأب وعماتها وعماته .

فإن اتحد الأقرب بالحضانة له ، وإن تعدد أقرع بينهما لما في اشتراكها من الأضرار الولد ، ولا ينظر إلى مرجع لأحدهما على الآخر ، وإن اجتمع ذكر

---

(١) مات تزوجت والأب موجود سقطت حضانتها لغيره بالإجماع ، فإن طلقت عادت الحضانة هل المشهور زوال المانع منها وهو تزوجها واشتغلما بحق الزوج الذي هي أقوى من الحضانة ، وإنما تعود بمجرد الطلاق إذا كان بائناً ، وإلا فبعد المدة إن بقي لها شيء من مدة الحضانة ، وقيل لا تعود لخروجها من الاستحقاق بالنكاح فيستصحب عودها إليها إلى دليل آخر وهو غير موجود. الروضة البهية ج ٥ ص ٤٦٣ .

(٢) في الروضة البهية ج ٥ ص ٤٥٧ قال : ويشكل بأن ذلك لو كان موجباً لتقديمه لاقترض تقديم أم الأم عليه لأنها بمنزلة الأم وهي مقدمة على الأب ، وروايته المال لا دخل لها في الحضانة ، وإلا لكان الأب أولى من الأم ، وكذا الجد لأب وليس ذلك إجماعاً ، والنص ص خالية من غير الأبوين من الأقارب وإنما استفيد حكمهم من آية « وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض » وهي لا تدل على تقديمه على غيره ممن في درجته . قال : وبهذا جزم في المختلف وهو أجود .

وأنتى ففي تقديم الأنتى قول مأخذه تقديم الأم على الأب ، وكون الأنتى أرفق لتربية الولد وأقوم بمصلحه ، وإطلاق الدليل المستفاد من الآية يقتضي التسوية للتساوي في الإرث .

وقيل إن الأخت لأبوين أولى من الأخت لأم ، والأخت لأب أولى من الأخت لأم ، وكذا أم الأب أولى من أم الأم ، والعمة أولى من الخالة لزيادة القرب أو كثرة التمسبب ، ويرد عليه بأن الدليل سوى بينهم <sup>(١)</sup> .

ونخلص من ذلك إلى أن في المذهب قولين في الأقارب من درجة واحدة كالأختين والمعتن والخالتين وأولاد الأخوة والأخوات . قول باعتبارهما سواء بصرف النظر عن قوة القرابة أو كونها من جهة الأب أو من جهة الأم لإطلاق الدليل ، وقول آخر بالترجيح بقوة القرابة أو قرابة الأب .

فإن لم يوجد محرم مستحق للحضانة أو وجد ولم يكن أهلاً لها يعطى الطفل لذي رحم غير محرم كبنات العم والعمة وبنات الخال والخالة ، فإن لم يوجد قريب من الأرحام يسلم إلى الوصي ، فإن لم يكن وصي فعلى الحاكم ان يسلمه إلى شخص يثق فيه .

---

(١) الروضة للبيهقي ج ٥ ص ٤٦١ . شرائع الإسلام ج ٢ ص ٤٥ .

## الفصل الثاني

### في شروط أهلية الحضانة

لما كان النرض من الحضانة تحقيق المصلحة للطفل ودفع كل ما يُلحق به الضرر ، شرط في الحاضنة من النساء والحاضن من الرجال توافر صفات معينة بها تتمتع الأهلية للحضانة ، فإن اختلت واحدة منها في شخص سقط حقه فيها وانتقل إلى من يليه .

#### شروط أهلية النساء للحضانة :

١ - أن تكون بالغة ، لأن غير البالغة ولو كانت مميّزة لا تستطيع أن تقوم بشئونها كلها فكيف يوكل إليها القيام بشئون غيرها .

٢ - أن تكون عاقلة لأن غير العاقلة لا تحسن القيام على شئون الصغير لعدم معرفتها بما ينفعه بل يخشى عليه الضرر منها ولا تكون أهلاً للحضانة .

٣ - أن تكون قادرة على القيام بما تتطلبه الحضانة من أعمال ، فلو كانت عاجزة عن ذلك لكبر سن أو مرض أو عاهة تحول بينها وبين أداء وظيفتها كالعُمى لم تكن أهلاً للحضانة . وكذلك لو كانت قادرة على أعمال الحضانة ولكنها مريضة مرضاً يخشى على حياة الطفل منه لا تكون أهلاً لها .

ولو كانت محترفة خرفة تحول بينها وبين رعاية الصغير لا يكون لها حق في الحضانة ، أما إذا كان عملها لا ينتمى من رعايته بأن تتمكن من التوفيق بين عملها وما تتطلبه الحضانة لا يسقط حقها فيها .

٤ - أن تكون أمينة على أخلاق الصغير ، فإن كانت فاسقة كاحترافها الرقص ، أو النشل أو ارتكاب الفاحشة فإنه يسقط حقها في الحضانة بأحد أمرين . عدم قيامها بشئون الطفل وإهماله ، والخوف على أخلاق الصغير أن تتأثر بها ، فإن لم يوجد شيء منها لا يسقط حقها فيها .

٥ - ألا تكون متزوجة بغير ذي رحم محرم من الصغير . بأن تكون غير متزوجة أو متزوجة بقريب محرم منه كعمه أو جده مثلاً (١) .

فإن كانت متزوجة من أجنبي ، أو من قريب غير مجرم كابن عمه ، أو من محرم غير قريب كإخيه من الرضاع يسقط حقها في الحضانة ، لأن الغالب في هؤلاء ألا يسطفوا على الصغير كمطف قريبه المحرم ، ويزيد الأجنبي أنه يبفضه ويقسو عليه ، لأن الزوج غالباً لا يحب ابن زوجته فينشأ الطفل في جو يسوده البغض والكرامية فيتعقد نفسياً .

---

(١) لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم للمرأة المطلقة التي أراد زوجها أن يأخذ ولده منها : « أنت أحق به ما لم تقوجي » فإذا كانت الأم يسقط حقها بالزواج فغيرها أولى بذلك ، وكان مقتضى ذلك أن يكون زواجها مطناً مسقطاً عنها ، لكن فقهاء الحنفية والمالكية نظروا إلى الحكمة التي من أجلها جعل الزواج مانعاً من الحضانة أن الزوج يكره ولد زوجته ويسود ألا يكون مع أمه فاستثنوا الزواج من القريب المحرم ، لأنه يطف على الصغير ويتميزه كوله فلا يكره وجوده مع زوجته ، وهناك أقوال أخرى في سقوط حق الحضانة بالزواج ، يسقط مطلقاً بأكراه وجوده مع زوجته ، ومنها أقوال أخرى في سقوط حق الحضانة بالزواج ، يسقط مطلقاً بالزواج وهو قول الجعفرية والشافعية لأن الحديث لم يفصل ولا يسقط بالزواج مطلقاً وهو قول الحسن البصري وإن حزم لعدم صحة الحديث كما قالوا . راجع فيل الأوطار ج ٦ ص ٣٤٩ ومبيل السلام ج ٣ ص ٢٢٦ .

ولأن وقت الزوجة لزوجها وله الحق في منعها من القيام بشئون ذلك الطفل الذي لا صلة له به ، بخلاف ما إذا كان الزوج محرماً للصغير ، لأن القرابة المحرمة داعية إلى العطف والشفقة على الصغير فلا خوف عليه .

والجعفرية يشترطون في الحاضنة ألا تكون متزوجة مطلقاً ولو بمحرم للصغير لإطلاق الحديث ولم يفرقوا في ذلك بين زواج الأم وغير الأم . غير أن الأم إذا تزوجت ولم يكن للطفل أب موجود لا يسقط حقها في الحضانة ، لأنها أولى به بعد الأب من الجد كما سبق .

٦ - ألا تقم بالصغير عند من يبغضه ولو كان قريباً له ، لأن الحضانة مشروعة لمصلحة الصغير وسكناهما عند من يبغضه يمرضه للأذى وإلحاق الضرر به ، فلو فعلت ذلك ولم تخرج إلى بيت آخر سقط حقها .

والجعفرية لا يعملون ذلك مسقطاً لحقها إذا كانت قادرة على حفظه وصيانيته .

٧ - ألا تكون مرتدة عن الإسلام ، فإذا كانت الأم مسلمة وارتدت عن الإسلام سقط حقها في الحضانة لأن المرتدة عند الجعفرية تجلس حتى تعود إلى الإسلام أو تموت ، ومثل هذه لا تستطيع القيام بأعمال الحضانة .

هذا ولا يشترط إسلام الحاضنة سواء كانت أمّاً أو غير أم ، فالكتابية تستحق الحضانة لأن أساس الحضانة الشفقة على الصغير وهي متوفرة عند كل حاضنة ولا تأثير للدين في ذلك ، ويبقى معها إلى أن تنتهي مدة الحضانة إلا إذا خيف عليه أن يتأثر بدينها أو أن يعود تناول ما حرمه الإسلام من لحم الخنزير وشرب الخمر فإنه يؤخذ منها ويسلم لمن تستحق الحضانة بعدهما .

والجفيرة لا يحملون لغير المسلمة <sup>(١)</sup> حضانة لولدها المسلم تبعاً لأبيه ، لأنه يخشى عليه أن يألف غير دين الإسلام .

#### شروط أهلية الحضانة للرجال :

يشترط في الحاضن من الرجال : أن يكون بالغاً عاقلاً قادراً على القيام بمصالح الصغير أميناً على تربيته كما يشترط في النساء .

ويزاد على ذلك : أن يتعد مع المحضون في الدين ، لأن الحضانة نوع من الولاية على النفس ، ولا ولاية مع اختلاف الدين ، ولأن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث ، ولا توارث مع اختلاف الدين ، فلو كان للصغير قريبان في درجة واحدة واختلوا في الدين تكون الحضانة لمن يوافق في الدين .

هذا ومن كان له الحق في الحضانة رجلاً كان أو امرأة وسقط حقه لسبب من الأسباب ثم زال ذلك السبب يعود إليه الحق مرة ثانية .

---

(١) جاء في فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣١٤ : والحاضنة يشترط فيها : أن تكون حرة مسلمة عاقلة غير متزوجة بلا خلاف في هذه الشروط الأربعة ، كما يشترط سلامتها من الأمراض السارية ، ولا فاجرة متهمكة ، ولا مهملة لرعاية الطفل ومصالحه لكي يحتفظ بالطفل سليماً في صحته وخلقه .

## الفصل الثالث

في أجره الحضانة واستحقاقها ، ومن يجب عليه

لما كانت الحضانة تتمثل في خدمة الطفل والقيام بشؤونه فهي عمل مشروع يمكن الاعتياض عنه بالمال ويسمى ذلك العوض في عرف الفقهاء بأجرة الحضانة . غير أن ذلك العوض ليس بأجرة خالصة بل فيه شبه بالنفقة<sup>(١)</sup> وكيفما كان فمن يكون ؟

الحنفية يقولون : الحاضنة إما أن تكون أما للطفل أو غير أم ، فإن كانت غير الأم استحققت الأجرة على الحضانة ما لم تتبرع بها ، وإن كانت الأم فإنها لا تستحق أجراً على الحضانة إذا كانت زوجة لأبي الصغير أو معتدة له من طلاق رجعي بلا خلاف في المذهب ، وكذلك إذا كانت معتدة له من طلاق بائن في إحدى الروايتين وهي التي يجري عليها العمل في القضاء بمصر ، لأنها في تلك

---

(١) لانتا إذا نظراً إلى أن الحاضنة تقوم بعمل نقول : إن ما يدفع لها هو أجره . وإذا نظراً إلى أن نفقة الطفل واجبة عليه في ماله ثم على أبيه ومن جهة ما يتفق عليه الاتفاق على الحاضنة التي حبست نفسها لأجله نقول : إن ما يدفع إليها هو نفقة فهي ليست نفقة خالصة ولا أجره خالصة .

الحالات تستحق النفقة على أبي الصغير للزوجية أو للمدة فلا تستحق عليه نفقة أخرى في نظير حضانة ولده لأن الأولى كافية كما قدمنا في أجره الرضاع فإذا لم يكن لها نفقة على الأب لانتهاه عدتها أو لئنها من المطالبة بنفقة أثناء المدة لمضي سنة من وقت الفرقة بينها أو لكونها أبرأت زوجها من نفقة المدة في نظير طلاقها استحققت أجره على الحضانة .

#### متى تستحق الحضانة الأجر ؟

لما كانت الحضانة تشبه الرضاع إلى حد كبير فما قدمناه في استحقاق أجره الرضاع من تفصيل بين الأم وغيرها يجري هنا . وخلاصته . أن الأم تستحق الأجر على الحضانة في الحالات التي تجب لها فيها من وقت قيامها بأعمال الحضانة ولا يتوقف الاستحقاق على سبق اتفاق بينها وبين أبي الطفل أو قضاء بذلك .

أما غيرها فلا تستحق الأجر إلا من تاريخ الاتفاق عليها أو قضاء القاضي بها ، فلو قامت بها قبل الاتفاق أو القضاء لا يحق لها المطالبة بالأجر على تلك المدة ، لأنها كسائر الأجور على الأعمال لا تجب إلا بالاتفاق أو القضاء فإقدامها على العمل قبلها دليل على تبرعها . بخلاف الأم التي تحملها الشفقة الكاملة على خدمة وليدها دون الانتظار إلى اتفاق أو قضاء .

ولأن الطفل غالباً يكون معها في فترة الرضاعة وأثناء المدة وقد كانت تقوم بحضنته فلا يعقل أنها تتركه بعد انقضاء الفترة التي كانت تستحق فيها نفقة بدون خدمة حتى يتم اتفاقها على الأجر وقد يتنازع فيه فيقتضي رفع الأمر للقضاء .

وإذا وجبت الأجر للحاضنة سواء كانت أمّاً أو غيرها فإنها تكون ديناً لا يسقط إلا بالأداء أو الأبراء ولا يتأثر بمضي المدة ، ولا يموت الصغير ، ولا يموت



من وجبت عليه ، ولا يموت الحاضنة نفسها حتى كأن لورثتها حق المطالبة بها بعد وفاتها لأنها جزء من تركتها .

#### على من تجب أجرة الحاضنة ؟

تجب أجرة الحاضنة على من تجب عليه نفقة الصغير ، لأنها بعض نفقته كأجرة الرضاع .

فإن كان للصغير مال وجبت في ماله ، وإن لم يكن له مال وجبت على أبيه ، فإن كان الأب موسراً أمر بأدائها إلى الحاضنة ، وإن كان معسراً فلا يخلو إما أن يكون قادراً على الكسب أولا .

فإن كان قادراً على الكسب وجبت عليه وكانت ديناً في ذمته ، وأمر بالأداء عنه من تجب عليه نفقة الصغير عند عدم وجود الأب ويرجع بها على الأب إذا أيسر .

وإن كان الأب المسر عاجزاً عن الكسب اعتبر غير موجود وفرضت الأجرة على من تجب عليه نفقة الصغير عند عدم الأب ويؤديها في الحال إلى الحاضنة .

#### أجرة المسكن والمخاض :

إذا لم يكن للحاضنة مسكن خاص بها أو مسكن تسكن فيه مع زوجها القريب للطفل قرابة محرمة في مكان الحضانة وجب إعداد مسكن لها أو إعطاؤها أجرة مسكن مناسب تقوم فيه بالحضانة ، لأنها مضطرة إلى ذلك لئلا يسقط حقها في الحضانة ، كما يجب إعداد كل ما يحتاج إليه الطفل من فرش وغطاء حتى يكون المسكن كاملاً .

وإذا احتاجت إلى استئجار خادم يقوم بمساعدتها في خدمة الصغير وجب إحضار الخادم لها أو إعطاؤها أجرته إذا كان للصغير مال أو كان من تجب عليه نفقته موسراً تخدم أولاده

وبهذا يتبين أن أجره الرضاعة غير أجره الحضانة وغير نفقة الطفل .

الحضانة بين المتبرعة بها ومطالبة الأجر عليها .

إذا أثبتت صاحبة الحق في الحضانة أن تقوم بها إلا بأجر ووجدت متبرعة بها فلن تكون الحضانة منها ؟ الحكم يختلف باختلاف الحالات . لأن المتبرعة إما أن تكون من أهل الحضانة أو لا ، فإن لم تكن من أهل الحضانة بأثر كانت أجنبية أو قريبة قرابة غير محرمة فصاحبة الحق في الحضانة أحق بها مطلقاً أما كانت أو غير أم ، كان للطفل مال أو لا ، كان الأب موسراً أو معسراً ، لأن تسليمه للمتبرعة لا مصلحة فيه للصغير ، لأن رعايتها لا تكون كإعانة صاحبة الحق نظراً لتوفر الشفقة عليه منها ، ودفع الأجر وإن كان فيه ضياع جزء من المال إلا أنه لا يوازي ما يتحقق له من المصلحة المقصودة .

وإن كانت المتبرعة من أهل الحضانة ولم يكن للصغير مال وكان أبوه أو من تجب عليه نفقته بعد أبيه موسراً قدمت صاحبة الحق في الحضانة على المتبرعة ، لأن إعطائه لصاحبة الحق فيه مراعاة لحق الصغير لأنها أكثر حناناً وشفقة عليه من المتبرعة ، ولا ضرر على الأب في دفع الأجر ليساره ومصلحة الصغير مقدمة على كل حال .

وإذا كان الأب معسراً قدمت المتبرعة دفعاً للضرر عن الأب بالزامه بالأجر ومدابنته به فهو معسر ، وكذلك لو كان الصغير مالاً ، لأن الأجرة واجبة في ماله في هذه الحالة ، وفي إعطائه لطالبة الأجر ضياع لجزء من ماله مع إمكان الاستغناء عنه بدفعه للمتبرعة وهي من محارمة والشفقة متوفرة عندها ،

ونقصان شفتها عن الأخرى لا يوازي ضياع جزء من ماله .

وبهذا يتبين الفرق بين التبرع بالحضانة والتبرع بالرضاع : حيث تقدم المتبرعة بالرضاع على الأم وغيرها من تطلب الأجر مطلقا سواء كانت المتبرعة محرما للطفل أو لا ، وسواء كانت الأجرة من مال الصغير أو من مال غيره كان ذلك الغير موسرا أو معسرا ، لأن الفرض من الرضاعة هو تغذية الطفل وهو متحقق بلبن أي امرأة فلا معنى لأخذ الأجر مع وجود المتبرعة ، لأنه لا ضرر في إرضاعها .

أما الحضانة فإنه لا يقدم فيها المتبرعة إلا في صورتين . الأولى إذا كانت أجرة الحضانة من مال الصغير ، والثانية إذا كانت الأجرة واجبة على الأب وكان معسرا ، ومع ذلك يشترط في المتبرعة أن تكون قريبة قرابة محرمة أي عندها أهلية الحضانة .

والسبب في ذلك أن المقصود من الحضانة هو تربية الصغير ورعايته والعناية به ، وهذه أمور تحتاج إلى الشفقة والعطف والحنان وكل ذلك لا يتوفر إلا عند الأم أو ما يقاربها من المحارم ولما توجد عند غير المحرم ، وكلما توافرت هذه عند الحاضنة تحقق الفرض المقصود من الحضانة على أكمل وجه فيبقى ذلك الحق لصاحبه ولا يمدل عنه إلا لمدر قوي كأعسار الأب أو من تجب عليه الأجرة بعده أو لمصلحة قوية كالمحافظة على مال الصغير . وفي الحضانة لا موضع لغير المحرم لأنها ليست أهلا لها أصلا فلا يفيد تبرعها شيئا .

وإذا لم توجد متبرعة بالحضانة وامتنعت عنها صاحبة الحق فيها إلا بأجر ولم يكن للصغير مال وكان الأب معسرا أجبرت الحاضنة عليها سواء كانت أمًا أو غيرها وتكون أجرتها دينًا في ذمة الأب يؤمر بإدائه عند اليسار وهو دين صحيح لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء . هذا هو مذهب الحنفية .

أما الجعفرية : فيذهبون إلى أن الأم صاحبة الحق الأول في الحضانة لا يجب عليها الحضانة بجانا فلها طلب الأجر عليها ، وحيفئذ يتغير الأب بين دفع الأجر لها وأخذ الطفل منها ، لأن حق الحضانة ثابت له بعدها ، ولا يجب عليه إيجابتها إلى ما طلبت إلا في حالة ما إذا كان لا يستطيع القيام بالحضانة ولم توجد متبرعة بها ، لأنها متمينة لها بحافظة على الولد .

ولو طلبت أجراً أكثر من غيرها لا تجاب إلى ذلك .

وهل تجب لها أجرة على الحضانة غير أجرة الرضاع ؟ قولان عندهم لعدم النص<sup>(١)</sup> .

أما إذا وجدت متبرعة بالحضانة وهي قادرة عليها ولو أجنبية أو كانت الأب قادراً على الحضانة ولو بالاستعانة بغيره من خادم أو زوجة . فيقال للأم طالبة الأجر تخيري بين حضائته بجانا أو تدفيعه إلى الأب أو المتبرعة فإن لم تختار إمساكه بجانا أخذ منها وسلم للأب أو للمتبرعة ، ولا تمنع بعد ذلك من خدمته أو رؤيته ، وأجرة الحضانة من مال الصغير إن كان له مال ، فإن لم يكن له مال فعلى أبيه .

وإذا كانت العاضنة هي الأم ولم يكن لها مسكن تقيم فيه مع الطفل الفقير وجب على الأب إعداد مسكن لها ، وإذا احتاج الطفل إلى خادم مع العاضنة وجب على الأب إحضار الخادم إن كان موسراً .

أما غير الأم من العاضنات إذا لم ترض بحضائته بجانا وتمنكت بالأجر قولم توجد متبرعة وجب دفع الأجر لها .

---

(١) ورجح الشيخ مفتية المدم . فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣١٥

## الفصل الرابع

في مكان الحضنة ، وانتقال الحضنة منه

إذا كانت الحضنة هي الأم وكانت زوجيتها قائمة بينها وبين أبي الصغير فكان الحضنة هو بيت الزوجية الذي يقيم فيه ، ولا يجوز للأم الخروج منه أو السفر بدون إذن زوجها سواء كان الولد معها أو لا ، لأن قرارها في بيت الزوجية واجب عليها ما دام أوفها حقوقها .

وإن كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن لا يكون لها الخروج من البيت الذي تمعد فيه طوال مدة العدة حتى ولو أذن لها المطلق بالخروج أو السفر ، لأن قرارها في مسكن العدة حق للشرع وهو واجب عليها ، ولا يجوز لها إبطال حق الشرع ، يقول جل شأنه : « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » الطلاق -

وإذا انقضت عدتها فلا يبقى معنى لإلزامها بالبقاء بالمحزون في بيت الزوجية فلها أن تنتقل بولدها إلى مكان آخر من نفس البلد الذي بدأت الحضنة فيه .

وهل يجوز لها الانتقال به إلى بلد آخر ؟

الحكم يختلف تبعاً لقرب البلد الذي تريد الانتقال إليه وبمده عن البلد الأول ..

فإن كان ذلك البلد قريباً جاز لها الانتقال إليه بشرط أن يكون من نوع البلد الأول أو أفضل منه ، فيجوز لها الانتقال من مدينة إلى مدينة ، ومن قرية إلى قرية ، ومن قرية إلى مدينة ، ولا يجوز لها الانتقال من مدينة إلى قرية ، لأن الحينة في القرية لطفل ولد في المدينة يلحق به الضرر ، لأن في أخلاق أهل القرى بعض الجفاء فيخشى على الطفل التخلي بأخلاقهم ، كما أن وسائل العيش فيها تختلف عما في المدينة إلا إذا كان انتقالها إلى قرينها الأصلية التي عقد عليها أبوه فيها ، لأنها تكون في وسط أهلها فيحاط الطفل بالعطف والحنان منهم .

وإن كان ذلك البلد الذي تريد الانتقال إليه بعيداً فلا يجوز الانتقال إليه ولو كان من المدن إلا بأذنه لما في ذلك من الأضرار بالأب لبعده عنه والأضرار بالولد لفقد رعايته وأبيه ورقابته إلا إذا كان بلدها الأصلي وأبوه قد عقد زواجه عليها فيه لما قلناه .

ولأن المانع من الانتقال هو ما يلحق الأب من ضرر التفريق بينه وبين ولده ، وفي هذه الصورة هو الذي تسبب فيه ، لأنه حين عقد عليها في بلدها وهو يعلم أنها لا تنتقل منه إلا بسبب زواجها ، وإذا زالت الزوجية فستعود إليه حتى لا تتحمل ذل القرية فيكون راضياً ضمناً بوجود ولده مع أمه فيه .

ومع ذلك فوجودها وسط أهلها بولده يورث الإطمئنان عليه حيث يعيش وسط أئس لا يكونون له إلا العطف والشفقة ، فجواز الانتقال إلى البلد البعيد مقيد بقيدين - ١ أن يكون وطنها الأصلي - ٢ - أن يكون عقد عليها فيه ، فإذا انتقياً أو انتقى أحدهما لا يجوز ، لأن المعنى الذي جمل مرخصاً للانتقال إليه لا يوجد في واحد منها .

حد القرب والبعده عند الفقهاء :

يقرر الفقهاء أن البلد يعتبر قريباً إذا استطاع الأب أو الولي السفر إليه ليرى

الولد ويعود إلى محل إقامته قبل دخول الليل ، فإن كان لا يستطيع ذلك بعد البلد بعيداً .

وإذا لاحظنا أن ضبطهم هذا تأثر بأمرين كانا في زمنهم - أولهما - وسائل الانتقال وقد كانت بدائية لأنها إما السير على الأقدام أو ركوب الدواب - وثانيها - أن الليل كان مظنة الخوف للظلام الذي يلقه وخطر السفر فيه لعدم الأمان لكثرة اللصوص وقطاع الطريق فيكون الممول عليه في مثل هذا هو المعروف وقد تغير ، ففي زمننا هذا تنوعت المواصلات ، وأصبح الليل كالنهار بعد أن أنيرت الطرق فالمسافر فيه لا يشعر بوحشة ولا يخشى ضرراً فيترك ذلك إلى مقدرة الرجل على تحمل نفقات السفر لرؤية ولده .

والعمل في القضاء في مصر يجري على هذا التفصيل فيما إذا كانت العاضنة هي الأم .

أما إذا كانت العاضنة غيرها كالجدّة أو الأخت أو الخالة أو العمّة فليس لها الحق في الانتقال إلى بلد غير بلد أبيه إلا بإذنه ، فإذا فعلت ذلك كان للأب أو وليه إذا لم يكن الأب موجوداً أن يمنعها من ذلك سواء كان البلد قريباً أو بعيداً وطننا أصلياً لها أولاً ، لأن المعنى الذي من أجله أبيح للأم الانتقال بالولد وهو المقعد عليها فيه ليس موجوداً هنا حيث لا عقد .

هكذا أطلق الفقهاء الحكم بدون تفرقة بين البلد القريب والبعيد . غير أن بعض الفقهاء المتأخرين أجازوا لغير الأم الانتقال بالمحضون إلى البلد القريب وسوى بينها وبين الأم في ذلك لأن حلة تجوز انتقال الأم إلى البلد القريب بدون إذن هي أنها بمثابة الانتقال إلى أحد جوانب البلدة الواحدة<sup>(١)</sup> . وقد جرى بعض القضاة في مصر على هذا .

---

(١) الرد المحتار للرافعي ج ١ ص ٣٤٨ .

وإذا عرفنا أن مصلحة الطفل في فترة الحضانة لا تتم إلا بالجمع بين حضنة أمه أو قريباته المحازم وبين إشراف أبيه عليه ، وأن القرآن منع مضارة الأب والأم بسبب ولدهما « لا تضار والدهما ولا مولود له بولده » إذا عرفنا ذلك أدركنا السر في تشريع تلك الأحكام التي تحتم وجود الولد وحاضنته مع أبيه في بلد واحد أو في بلدين قريبين إلا إذا وجدت ضرورة أو أذن الأب في ذلك حق لا يحرم الولد شفقة أمه ولا رعاية أبيه .

ولهذا لا يجوز للأب أن يخرج الصغير من البلد الذي تقم فيه أمه ما دام في حضنتها إلا بإذنها سواء كان البلد قريباً أو بعيداً ، لأن في هذا الإخراج تقويت حق الأم في حضنتها وحق الولد في عيشه في عطف أمه وحنانها .

فإذا سقط حقها في الحضانة بسبب زواجها من أجنبي أو بغيره ولم تكن التي انتقل إليها حق الحضانة تعيش في هذا البلد فله نقله إلى بلد العاضنة ، فإذا عاد حقها في الحضانة رده إليها .

وإذا جاز له إخراج الولد من البلد الذي تعيش فيه أمه بعد سقوط حقها في الحضانة فهل يثبت له ذلك مطلقاً سواء كان البلد قريباً أو بعيداً ؟

المذكور في كتب الحنفية رأيان للمشايع . رأي بالإطلاق <sup>(١)</sup> ، ورأي يقيد بالبلد القريب بحيث تستطيع الأم أن تراه كل يوم ، فقد جاء في الحارثي « ليس للوليد أن يخرج الولد من المصر إلى القرى بغير رضا أمه إذا كان صغيراً » ، ومال ابن جابدين <sup>(٢)</sup> إلى هذا الأخير ، وإذا كان لكل من الأب والأم حق في الولد ورؤيته في فترة الحضانة وقد نفى الشارع المضارة عنها بسببه فقد يكون في

---

(١) الفتاوى الأتقونية ص ٩٩ وعبارته في راقعة الفتوى « إذا سقطت الحضانة بالتزويج أو بالاستثناء فلمل أن يسافر بالولد » .

(٢) رد المحتار ج ٢ ص ٨٨٥ .



الأخذ بأحد الرأيين بإطلاق ضرر بأحدهما ، فلو أخذنا بالأول ربما استقل الأب ذلك في حرمان الأم من رؤية ولدها ، ولو أخذنا بالثاني وهو التقييد بالبلد القريب ربما لحق الأب منه الضرر ، فقد يكون عمله يقتضيه السفر إلى البعيد ، فمنعاً للأضرار بأحدهما يفوض الأمر إلى القاضي لينظر في خروج الأب والداعي إليه ، فإن رأى أنه مضطر للخروج إلى البلد البعيد من أجل وظيفة أو تجارة أذن له فيه دفعاً للضرر عنه ، وإن رأى أنه لا مصلحة له في ذلك قيده بالقرب لعدم مضارة الأم .

**أثر انتقال الحاضنة إلى بلد منعت من الانتقال إليه :**

إذا خالفت الحاضنة وانتقلت إلى بلد آخر لا يجوز لها الانتقال إليه فهل يسقط حقها في الحضانة ؟ .

إذا كانت الحاضنة أمّاً وهي زوجة أو معتدة كان للأب أن يطلب إليها الرجوع باعتبارها زوجة أو معتدة وليس له أن يأخذ الولد منها ، لأنه يكون إبطالاً لحقها في الحضانة مع أنه يستطيع إرجاعها إلى مقر الحضانة .

أما إذا كانت غير ذلك وطلب منها إرجاع الولد إلى البلد الأول ولم تقتل فلم يرد عن فقهاء الحنفية نص صريح بإبطال حق الحضانة أو بقاءه وكل ما ورد عنهم أنها ممنوعة من الانتقال ، وأن لأبيه أو لوليه منعها من الانتقال ، أو يطلب إليها العودة إلى بلد الحضانة ، ومن هنا كانت موضع اجتهاد القضاة في مصر ، فمنهم من تمسك بالنصوص الفقهية وقال : إن حقها لا يسقط بهذا الانتقال لأنه لم يعد من شروط أهلية الحضانة عدم انتقال الحاضنة فيبقى حقها فيها ومن ثم تستحق الأجرة عليها .

ومنهم من يرى أن حقها يسقط ، لأن عدم النص على كونه شرطاً لا يقتضي إهدار معناه ، لأنها إذا كانت ممنوعة من الانتقال إلى بلد بعيد

إلا إذا كان وطنها الأصلي الذي عقد عليها فيه ، وكان للأب منعها منه فيكون الأثر العملي للانتقال الممنوع هو سقوط حقها في الحضانة ، لأنه لا جائز أن يكون أثر مخالفتها مجرد أن تكون آمنة فقط ، لأن أحكام الحضانة أحكام عملية يراد ترتب آثارها عليها في الدنيا لمصلحة الصغير ، ولا جائز أن يكون أثره إجبار الأم على العودة بالقوة إلى بلد الأب ، لأن الأب لا يملك إجبارها إلا في حالتي الزوجية أو المدة وفي غيرها لا سلطان له عليها ، وإذا كانت لا تجبر على الحضانة إلا في حالة تمينها لها فلا تجبر على بلد معين للحضانة من باب أولى ، فلم يبق لهذه المخالفة من أثر إلا نزاع الولد منها ، ولا يمكن نزاع الولد منها ولها حق حضنته .

لكن سقوط حقها في الحضانة شيء واستحقاقها الأجر على قيامها بالحضانة شيء آخر ، فإذا انتقلت إلى بلد آخر وقامت بحضانة الصغير استحققت الأجرة على فترة قيامها لأنها قامت بعمل تستحق الأجر عليه .

هذا هو مذهب الحنفية في انتقال الحاضنة إلى بلد آخر .

أما الجعفرية : فلما كان حق الحضانة عندهم للأم أولاً ثم للأب ثم للجد ثم للأقارب على الترتيب السابق ، وحضانة الأم حتى خالص لها فقد جعلوا في المشهور عندهم أن لها الحق في الانتقال به مطلقاً رضي الأب أو لم يرض إلى بلد قريب أو بعيد معها كان أو قرية ما لم يكن في هذا الانتقال ضرر على الوالد أو على الولد ، فإن كانت فيه ضرر لا يجوز إلا إذا رضي الأب .

ولعل مستند هذا الرأي قوله تعالى : « ولا تضار الوالد بولدها ولا مولود له بولد » .

وفي قول آخر نقل عن أبي جعفر الطوسي أنه ليس لها الانتقال

بالرك إلى محل تقصر فيه الصلاة ، ولا الانتقال من مصر إلى قرية لأن في السواد يقل تعليمه <sup>(١)</sup> . فهو يمنع الانتقال إلى بلد بعيد وجعل حشد البعد مسافة قصر الصلاة ، كما يمنع الانتقال به من المصر إلى القرية ، وقد اختار بعضهم هذا الرأي محافظة على حق الأب في الولاية على ولده <sup>(٢)</sup> .

وقول الطوسي في جلته قريب من مذهب الحنفية ، ويمكن أن يجعل قوله هذا تفسيراً للقول الأول ، لأنه منع السفر إذا كان فيه ضرر على الولد أو الوالد ، ولا شك أن السفر إلى مكان بعيد فيه ضرر عليهما ، وكذلك الانتقال من المصر إلى القرية لما قاله : إن في السواد يقل تعليمه .

كما قالوا : ليس للأب أن ينتزعه من أمه ويسافر به حال حضانتها ، لأن لها حق الحضانة فلا ينتزع منها مراعاة للحقين <sup>(٣)</sup> .  
حق رؤية الولد لمن ليس في يده .

وإذا كان الولد عند حاضنته أما كانت أو غيرها فليس لها أن تمنع أباه من رؤيته غير أنها لا تجبر على إرساله إليه في مكان إقامته ، بل عليها أن تخبره إلى مكان يمكن أن يراه فيه .

وكذلك لو كان عند أبيه لضمه إليه بعد انتهاء حضانتها أو لسقوط حقها في الحضانة لسبب من الأسباب يجب عليه أن يمكنها من رؤيته على الوجه السابق ، لأن لكل منها حقاً في الولد فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر ، ولم يحدد الفقهاء مدة لهذه الرؤية ، ويمكن أن يقال إنها بالنسبة للأب والأم كل أسبوع مرة قياساً على ما قرروه من أن الزوجة لها الحق في الخروج لرؤية أبويها كل أسبوع مرة لعلاقة الأصلية والفرعية ، أما غير الأم من أقارب الصغير المحارم فلها رؤيته بكل شهر مرة . وهو ما يجري عليه القضاء بمصر .

---

(١) الأحكام الجسدية م ٣٩٣ ص ١٠٢ .

(٢) فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣١٥ .

(٣) للرجوع السابق .



## الفصل الخامس

### في مدة الحضانة ومسير الصغير بعدها

مدة الحضانة : تبديء مدة الحضانة من وقت ولادة الطفل ، أما انتهاءها فيختلف تبعاً لاختلاف نوع المحضون بالذكرورة والأنثى ، فإذا كان المحضون ذكراً فإن حضائته تستمر حتى يستغني عن خدمة النساء ، ويستطيع أن يقوم وحده بحاجاته الأولية من أكل ولبس ونظافة جسمه ، لأنه بعد ذلك يحتاج إلى التأديب والتعليم والتخلق بأخلاق الرجال ، والأب أقدر على ذلك من الأم وغيرهما من النساء ، وقد قدر بعض فقهاء الحنفية مدة الاستغناء بسبع سنين ، وقدرها غيرهم بتسع سنين ، والفتوى في المذهب على التقدير الأول ، لأن الغالب أن الغلام يستغني عن خدمة النساء في حاجاته الخاصة بعد هذه السن .

وقال محمد بن الحسن : إن حضانة الأنثى تستمر إلى سن المراهقة ، وهي السن التي تشتهي فيها لا فرق بين أن تكون الحاضنة الأم والجدة أو غيرها ، والفتوى في المذهب على هذا القول ، لأن البنت إذا بلغت مبلغ الاستبراء احتاجت إلى الحفظ والصيانة ، والرجال أقدر على ذلك من النساء .

وقد اختلف الفقهاء في تقدير هذه السن فقدرها بعضهم بإحدى عشرة سنة ،

وقد رها آرون بلسع سنين ، وعليه الفتوى .

فالذي عليه الفتوى في المذهب الحنفي هو أن حضانة الصغير تنتهي ببلوغه سبع سنين ، وحضانة الصغيرة تنتهي ببلوغها تسع سنين <sup>(١)</sup> ، والمبرة في ذلك بالسنتين القمرية ، لأنها المعهودة في التقديرات الشرعية يعمل بها ما لم يوجد نص قانوني على خلاف ذلك .

وإنما زيدت سن الحضانة للفتاة عن سن حضانة الغلام ، لأن الفتاة بعد بلوغها سن الاستنفاء عن خدمة حاضنتها لا تزال بحاجة إلى البقاء تحت إشرافها لتقوم على تعليمها خدمة البيت وتعودها ما يليق بالمرأة من عادات وأخلاق ، فإذا بلغت سن الاشتهاء كانت في حاجة إلى من يقوم بصيانتها والمحافظة عليها والرجال أقدر على ذلك من النساء .

وقد كانت المحاكم المصرية تسير على الرأي القضي به في المذهب الحنفي ، وهو أن سن الحضانة تنتهي بالنسبة للفتى ببلوغه من السابعة ، وبالنسبة للفتاة ببلوغها من التاسعة . إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فنص في المادة العشرين منه على أن : « للقاضي أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع ، وللصغيرة بعد تسع إلى إحدى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتها تقتضي ذلك » <sup>(٢)</sup> .

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٣١٦ وما بعدها ، تبين الحقائق للزليعي ج ٣ ص ٤٨ وما بعدها ، البحر الرائق ج ٤ ص ١٦٩ وما بعدها ..

(٢) وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون إن العمل يجري إلى الآن على أن سن الحضانة ينتهي عند بلوغ الصغير سبع سنين وبلوغ الصغيرة تسعاً وهي من دلت التجارب على أنها قد لا يستغني فيها الصغير والصغيرة عن الحضانة فيكونان في خطر من ضياعها إلى غير النساء وخصوصاً إذا كان والدهما متزوجاً من غير أمهما ، ولذلك كثرت شكاوى النساء من اقتراح أولادهن متين في ذلك الوقت ، ولما كان المولود عليه في مذهب الحنفية أن الصغير يسلم إلى أبيه عند الاستنفاء عن خدمة النساء والصغيرة تسلم إليه عند بلوغ حد الشهرة ، وقد اختلف الفقهاء في تقدير السن التي يكون عندها -

فقد جعل السن الحضانة حداً أدنى وحداً أعلى وترك أمر اختيار أحد السنين إلى تقدير القاضي ، لأن طبائع الأطفال تختلف كما أن أجسامهم تختلف قوة وضعفاً فجعل للقاضي حق المد سنتين أو بعضها ، وإذا كان القانون قد جعل الحد الأعلى لسن الحضانة بالنسبة للصغير تسع سنوات ، وبالنسبة للصغيرة إحدى عشرة سنة ووقفاً عند أقصى تقدير الفقهاء لسن التي يستغني فيها الصغير عن خدمة النساء ولبلوغ حد الشهوة بالنسبة للصغيرة ، فيكون القاضي مقيداً بذلك لا يملك تجاوز المدّة عن تسع للصغير وإحدى عشرة للصغيرة .

لكنه عرض عند التطبيق أن وجدت حالات غير عادية يكون الطفل فيها بلغ هذه السن ولكنه لا يزال في حاجة إلى خدمة النساء كالمتموه أو المجنون أو المريض الذي لا يستطيع أن يعمل لنفسه شيئاً وحاجته إلى خدمة النساء لا تقل عن حاجة الصغير الذي بلغ حد التمييز إن لم ترد عليها ، فهل يقف القاضي عند حرفية القانون ويقضي بضمه إلى الرجال ؟ .

بعض القضاة وقف عند هذه الحرفية وامتنع عن إبقائه عند الحضانة ولو كانت أمه مستنداً إلى أن القانون جعل مجال الفسحة التقديرية للقاضي ليعمل فيها بنظره بمدة بسن معينة ولا يملك بعدها إلا إعمال نصوص القانون ولكن أكثرية القضاة نظروا إلى الغرض المقصود من الحضانة والضم بعدها إلى الولي وهو النظر إلى الولد ورعاية مصلحته ، فإذا كان في حالة لا يستغني عن

---

الاستثناء بالنسبة للصغير فقدورها بعضهم بسبع سنين ، وبعضهم قدروا بتسع ، وقدر بعضهم بلوغ حد الشهوة بتسع سنين ، وبعضهم قدره بإحدى عشرة سنة رأت الوزارة أن الصلحة داعية إلى أن يكون القاضي حرة النظر في تقدير مصلحة الصغير بمد سبع سنين والصغيرة بمد تسع فإن رأى مصلحتها في بقاءها تحت حضانة النساء قضى بذلك إلى تسع في الصغير وإحدى عشرة في الصغيرة وإن رأى مصلحتها في غير ذلك قضى بضمها إلى غير النساء .

خدمة النساء تكون مصلحته في البقاء مع حاضنته إلى أن يصل إلى حالة يستغني فيها عن خدمة النساء .

ولأن ظاهر المذهب لم يحدد سناً معينة لانتهااء الحضانة ، بل ربطها باستغناء الولد عن خدمة النساء ، وتحديد الفقهاء المتأخرين لها كان مبنياً على أن الغالب في هذه السن استغناء الطفل عن خدمة النساء فهو بمثابة معيار مادي لانتهااء هذه المرحلة لمنع النزاع والخلاف فيها ، فإذا جاوز هذه السن ولم يستطع القيام بخدمة نفسه كان الواجب الرجوع إلى السبب الأصلي في ثبوت حق الحضانة وهو حاجة الصغير إلى خدمة النساء .

على أن الفقهاء الذين حددوا السن نظروا إلى الحالات المادية والغالب فيها ، فيكون التحديد غير شامل للصور غير المادية ، ويقال مثل هذا في القانون إنه قصد التحديد بهذه السن في الحالات المادية وهو الأكثر ، ومن المعلوم المقرر شرعاً أن الحالات غير المادية تأخذ الحكم المناسب لها وهو لا يكون إلا غالياً للحكم الأصلي ، وعلى ذلك يكون الراجع في نظري : أن الطفل إذا بلغ أقصى سن للحضانة وكان مريضاً أو معتوهاً كان أمره مفوضاً إلى القاضي يختار له الأصلح ، فإن كان بقاؤه مع أمه أصلح له حكم بإبقائه ، وإن كان العكس حكم بانتهااء الحضانة .

أما المذهب الجعفري . فالمشهور فيه أن مدة الحضانة للأُم بالنسبة للفلان سنتان وهي أقصى مدة للرضاع وبَعدها يضم إلى الأب إن كان موجوداً ، فإن لم يكن موجوداً أو غير أهل بقي مع أمه لأنه لا حق لغيرها في الحضانة ما دامت موجودة وعندها أهلية للحضانة ، أما الأنثى فمدة حضانتها أمها لها تمتد إلى سبع سنين في المشهور ، وفي قول غير مشهور إن حضانتها للفق تمتد إلى سبع سنين ، وللنفثة إلى تسع سنين



### الصغير والصغيرة بعد انتهاء الحضانة.

إذا انتهت مدة حضانة النساء سلم الولد ذكراً كان أو أنثى إلى الأب إن كان موجوداً وعند أهلية لضم الولد إليه ، فإن لم يكن موجوداً أو كان موجوداً غير أهل لذلك الضم انتقل الحق إلى غيره من العصبات الأقرب فالأقرب بترتيبهم السابق في استحقاق الحضانة مع ملاحظة أن الأنثى لا تسلم إلى عاصب غير محرم كابن عمها مثلاً ، لأنها تكون في سن تشتهي وهي لا تحرم عليه فيكون في وجودها معه خطر عليها ، أما الفلام فلا خطر في ضمه إلى العاصب غير المحرم .

وهذا الضم لا خيار فيه لا للأب ولا للعاصب ولا للولد لأن الشارع هو الذي حكم بذلك لما فيه من المصلحة ، وليس لأحد الخيار فيما قضى به الشارع .

ويبقى الفلام عند من ضم إليه حق يبلغ مأموناً على نفسه ، فإذا بلغ غير مأمون على نفسه بقي عند من ضم إليه حق بصير مأموناً . أما البنت فلإنها تبقى في يد من ضمت إليه حتى تتزوج ، فإذا لم تتزوج بقيت عند أبيها أو عاصبها المحرم إن كانت بكراً يخشى عليها الفتنة ولو كانت أمينة على نفسها ، وكذلك إذا كانت ثيباً غير مأمونة على نفسها ، فإذا أمنت الثيب على نفسها ، وتقدمت السن بالبكر وصارت ذا دراية وحكمة وعرف عنها العفة صارت أحق بنفسها ، وليس لأحد جبرها على المقام معه .

هذا عند الحنفية .

أما المذهب الجعفري : فإن الفلام بعد السنتين مدة حضانة أمه يضم إلى أبيه إن كان موجوداً وأهلاً للضم ، فإن لم يكن بقي مع أمه لأنها أحق به من الجد والوصي ، ويحجر الطفل على البقاء مع من ضم إليه إلى البلوغ ، فإذا بلغ عاقلاً كان بالخيار في البقاء أو الانفرد بنفسه .

أما البنات فبعد انتهاء حضانة أمها بسبع سنين وهو الراجح ، أو تسع سنين ،  
أو إذا تزوجت الأم على ما ذهب إليه الطوسي تضم إلى أبيها وتجبر على البقاء  
معه إلى أن تصير مأمونة على نفسها سواء كانت بكراً أو ثيباً ، وبعد ذلك  
لا تبقى مع وليها الذي ضمت إليه إلا برضاها وإن كان يكره مفارقتها لمن ضمت  
إليه حتى تتزوج .

★ ★ ★

# الباب الرابع

في الولاية<sup>(١)</sup>

وقيه فصلان

قدمنا في الفصل الأول من هذا الكتاب في بحث الولاية في الزواج تعريف الولاية ، وأنها تتنوع إلى نوعين . ولاية قاصرة وهي ولاية الشخص على نفسه وماله ، ومتعمدة وهي ولاية الشخص على غيره ، وأنها نوعان . ولاية على النفس ، وولاية على المال ، وتكلمنا هناك عن الولاية في الزواج وهي من الولاية على النفس ، وموضوع كلامنا هنا الولاية المتعمدة بنوعها ، وسنمقد لكل نوع فصلاً خاصاً .

---

(١) من أهم مراجع هذا البحث . نيل الأوطار ج ٥ ، والبدائع ج ٥ ، والمبسوط ج ٢ ، تبين الحقائق ج ٥ . والهداية وحاشية المنية ج ٨ ، رد المحتار لابن عابد ج ٢ ، وجامع الفصولين ج ٢ ، أحكام الصغار على هامش جامع الفصولين ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ، نهاية المحتاج ج ٦ ، مفتاح الكرامة ج ٥ ، العروة الوثقى ج ٢ ، فقه الإمام جعفر ج ٥ ، الأحكام الجفرية ، شرائع الإسلام ج ١



## الفصل الأول

### في الولاية على النفس

ويراد بها هنا : سلطة الولي التي تتعلق بنفس المولى عليه من صباه وحفظ وتأديبه وتعليمه العلم أو الحرفة وتزويجه .

ولما كان الطفل بعد انتهاء فترة الحضانة عاجزاً عن القيام بتلك الأمور بنفسه حيث لا يدرك وجه المصلحة فيها كان في أشد الحاجة إلى من يقوم بها ، ويسمى ذلك الشخص بالولي .

ولما كان مدار ثبوتها عاجز المولى عليه عن إدراك وجه المصلحة فيما يحتاج إليه ثبتت على كل عاجز سواء كان صغيراً أو كبيراً عجنوناً أو معنوياً .

فتثبت على الصغير حتى يبلغ عاقل مأموناً على نفسه ، وعلى الصغيرة والكبيرة حتى تتزوج أو تتقدم بها السن وتصبح مأمونة على نفسها بكرراً كانت أو ثيباً ، كما تثبت على المجانين والمعتاه حتى يزول علتهم .

### من تثبت له هذه الولاية ؟

تثبت الولاية على النفس لأقارب المولى عليه من المصبات الذكور ، وهم أصوله من الأب والجد أبي الأب وإن علا ، وفروعه من الأبناء وأبناء الأبناء ، وفروع الأبين من الأخوة الأشقاء والأخوة لأب وأبنائهم ، وفروع الأجساد وهم الأعمام وأبنائهم ، غير أن الولاية على الأنثى لا تكون إلا للعاصب المحرم فلا تثبت لابن العم ، فإن لم يوجد من المصبات غيره أبقاها القاضي عند حاضنتها أو اختار لها شخصاً أميناً وضعها عنده .

وتثبت الولاية لهؤلاء على حسب ترتيبهم في الميراث . فالفروع ثم الأصول ثم الأخوة وأبنائهم ، ثم الأعمام وأبنائهم بالنسبة لغير الصغار ، أما الصغار فتثبت الولاية عليهم أولاً للأصول لعدم وجود أبناء يصلحون للولاية ، فإن لم يوجد إلا واحد كانت الولاية له ، وإن تعددوا قدم الأقرب ، وإن تساوا في الدرجة قدم الأقربى قرابة كالأخ الشقيق على الأخ لأب ، والعم الشقيق على العم لأب ، فإن تساوا في الدرجة وقوة القرابة تثبت لهم جميعاً ، ويختار القاضي أصلهم للولاية . هذا في مذهب الحنفية .

أما المذهب الجعفري : فالولاية على النفس تكون للأب والجد الصحيح ، إن علا في مرتبة واحدة على الصغير والمجنون الذي اتصل بجنونه بالصغر ، فكل من منها أن يتصرف مستقلاً عن الآخر ، وأما سبق الآخر قدم المتقدم وألغى المتأخر ، وإن تشاحا بأن تصرفاً معاً أو لم يعلم أسبقها قدم تصرف الجد ، وإن فدا معاً كانت الولاية على الصغير والمجنون لوصي أحدهما ، ووصي الجد أدنى من وصي الأب ، فإن لم يكن أحد من هؤلاء فالولاية للعالم الشرعي ، ولولاية لغير هؤلاء من المصبات أو غيرهم .<sup>١٩٦</sup>

---

(١) مفتاح الكرامة ج ٥ ص ٢٥٥ ، فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ١٠٣ .

أما المجنون الذي طرأ جنونه بعد الرشد فالولاية عليه للحاكم في المشهور عندهم ، لأن ولاية الأب والجد قد سقطت والساقط لا يعود .

وهذه الولاية كما أنها حق للولي هي أيضاً حق للمولى عليه ، فإذا امتنع الولي صاحب الحق عن أخذ الصغير بعد انتهاء سن الحضانة ولم يوجد من يحل محله في ذلك أجبر على أخذه<sup>(١)</sup> .

### متى تنتهي هذه الولاية ؟

تنتهي هذه الولاية بالنسبة للفق بالبلوغ بالعلامات الطبيعية<sup>(٢)</sup> ، فإن لم تكن قبالسن وهو خمس عشرة سنة عند جماهير الفقهاء ، وهو ما يجري عليه العمل في القضاء ، لأنه الراجح في مذهب الحنفية وبه تقول الجعفرية ، فإذا بلغ بأحدهما<sup>(٣)</sup> وكان له أمونا على نفسه انتهت هذه الولاية ، وكان له الخيار في الإقامة مع وليه أو الانفراد عنه في السكنتى كما يقول الفقهاء .

أما الفتاة فلا تنتهي الولاية عليها بالبلوغ بل تستمر إلى أن تتزوج أو تتقدم

(١) وقد نص قانون الموجبات اللبناني في المادة - ٣٠٣٧ - على أن هذا الحق لا يجوز المصالحة عليه باعتباره من الأمور المختصة بالأحوال الشخصية، كما أبده قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني في المادة - ٨٠٩ - بضمانة عملية حيث يجوز حبس المحكوم عليه الذي يرفض تسليم الولد القاصر إلى الشخص الذي عهد إليه بحفظه لديه بموجب حكم قضائي. المبادئ الشرعية والقانونية ص ٦٧

(٢) وهي الاحتلام في كل من القسي والفتاة ، واحتيض في الفتاة ، وأنبات العانة وهي شعر أسود ينبت عند البلوغ حول الفرج . يدل لذلك ما رواه أحمد والنسائي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما عرض عليه بنو قريظة فحكم بقتل من كان محتلاً أو أنبت عانته ومن لا ترك . نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٦٢ ..

(٣) نص قانون نظام أموال الأيتام اللبناني في المادة الثانية على أن أحكام الشرع ممنوعة من سماع دعوى البلوغ من لا يكملوا الخامسة عشرة من العمر ، وهذا يدل على أن الدبرة في البلوغ بالسن أما البلوغ بالعلامات الطبيعية فلا اعتبار لها قبل هذه السن .

بها السن حتى تصير مأمونة على نفسها فلها أن تنفرد بالسكنى أو تسكن مع أمها .

شروط الولي على النفس :

يشترط في من تثبت له الولاية على النفس الشروط الآتية .

١ - أن يكون بالغاً عاقلاً ، لأن غير البالغ الماقل لا ولاية له على نفسه بل هو محتاج لمن يلي عليه .

٢ - أن يكون قادراً على القيام بما تتطلبه الولاية من أعمال ، فلو كان عاجزاً لا يكون أهلاً لها .

٣ - أن يكون أميناً على المولى عليه في نفسه ودينه ، فلو لم يكن أميناً بأن كان فاسقاً مستهتراً لا يبالي بما يفعل لا يكون أهلاً للولاية ، لأنها شرعت لمصلحة الصغير وليس من مصلحته أن يوضع عند هذا الفاسق لأنه يخشى عليه أن يتعلق بأخلاقه ، وكذلك لو كان مهملًا كان يترك الصغير مريضاً بلا علاج أو يحرمه من التعلم وعنده استعداد له ، فإذا كان كذلك انتقلت الولاية إلى من يليه من الأولياء بحفاظة على مصلحة الصغير .

٤ - أن يكون متجهداً مع المولى عليه في الدين ، لأن اختلاف الدين يؤثر في رابطة القرابة الموجودة بينها فيتمرض الصغير لخطر التأويدين وليه ، فلو كانت الولاية للأخوة وكان للصغير أخوان أحدهما موافق له في الدين والآخر يخالفه فيه كانت الولاية للموافق في الدين .

وهذا الشرط في غير القاضي ؛ لأنه نائب عن الحاكم . صاحب الولاية على جميع الرعايا مسلمين وغير مسلمين ، وكما تشترط هذه الشروط في ثبوت الولاية ابتداء يشترط بقاؤها طوال مدة الولاية ، فإذا تغير شرط منها ملبت الولاية منه لأنه أصبح غير أهل لها .



والمذهب الجعفري قريب من المذهب الحنفي فيشترط في الولي أو الوصي البلوغ والرشد والاتحاد في الدين .

### سلب الولاية :

لا تسلب الولاية فيها إلا إذا فقد الولي شرطاً من الشروط السابقة وهو ما كانت تدير عليه المحاكم في مصر باعتباره الراجح في المذهب الحنفي إلى أن صدر المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ المنظم لأحكام الولاية على النفس ففصل أحكام سلب الولاية فيجمل الحالات التي تسلب فيها الولاية نوعين .  
أولها : حالات يجب فيها سلب الولاية وسقوط كل ما يترتب عليها من حقوق .

وثانيها : حالات لا يجب فيها سلب الولاية بل يجوز الحكم بسلبها كما يجوز الاكتفاء بالحكم بوقف كل حقوقها أو بعضها ، كما يكون ذلك بالنسبة لكل من تشملهم الولاية أو بعضهم فقط .

أما الحالات التي يجب فيها سلب الولاية وسقوط كل ما يترتب عليها من حقوق فهي كما جاء بالمادة الثانية .

١ - إذا حكم على الولي في جريمة وقعت منه على أحد من تشملهم الولاية من جرائم الاغتصاب أو هتك العرض أو لجريمة مما نص عليه في القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة .

٢ - إذا حكم عليه في جنابة وقعت منه على نفس أحد المشمولين بولايته ، أو حكم عليه بجنابة وقعت من أحدهم .

٣ - إذا حكم على الولي أكثر من مرة لجريمة مما نص عليه في القانون رقم ٦٨

لسنة ١٩٥١ بشأن مكافعة الدعارة إذا كانت الجريمة على غير المشمولين بولايته .

وإنما وجب سلب الولاية في تلك الحالات لأن الولي لم يعد أهلاً للولاية لانعدام أمانته التي هي أساس أهلية الولاية ، ولذلك تسلب ولايته عن وقعت عليه الجريمة وعن غيره إن كان في ولايته غيره مطلقاً في الحالتين الأولى والثالثة ، أما في الحالة الثانية فإنها تسلب وجوباً عن الآخرين إلا إذا كانوا من فروعه فإنها تفوض إلى القاضي فإن رأى خطراً في بقائها سلبها وإلا أبقاها عليهم .

وإنما استثنيت تلك الصورة لأن انعدام الشفقة على غير الفروع لا يلزم منه حتماً انعدامها بالنسبة للفروع .

أما الحالات التي لا يتحتم فيها سلب الولاية فنصت عليها المادة الثالثة من هذا المرسوم بقانون وهي تقول في مطلعها : « يجوز أن تسلب أو توقف كل أو بعض حقوق الولاية بالنسبة إلى كل أو بعض من تشملهم الولاية في الأحوال الآتية :

١ - إذا حكم على الولي بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة . وحكمة هذا ظاهرة لأن الولي إذا حكم عليه بذلك فلن يتمكن من القيام بأعمال الولاية فلا فائدة للأبقاء للصغير تحت ولايته .

٢ - إذا حكم عليه لجريمة اغتصاب أو هتك عرض أو لجريمة مما نص عليه القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافعة الدعارة إذا كانت الجريمة وقعت على غير من تشملهم الولاية وكان هذا الحكم لأول مرة .

٣ - إذا حكم على الولي أكثر من مرة لجريمة تعريض الأطفال للخطر أو الحبس بنفي وجه حق أو لاعتداء جسم متى وقعت الجريمة على أحد من تشملهم الولاية .

٤ - إذا حكم بإيداع أحد المشمولين بولايته داراً من دور الاستصلاح وفقاً للعادة - ١٦٧ من قانون العقوبات أو طبقاً لنصوص قانون الأحداث المشردين .

٥ - إذا عرض الولي صحة أحد من المشمولين بولايته للخطر ، أو عرض سلامته أو أخلاقه أو تربيته لذلك بسبب سوء معاملته أو سوء خلقه وقدرته نتيجة اشتهاره بفساد السيرة أو الأذى على الشراب أو المخدرات ، أو بسبب عدم العناية أو التوجيه ، ولا يشترط في هذه الحالة أن يصدر ضد الولي حكم بسبب تلك الأفعال .

وأجاز القانون للمحكمة في الحالتين الرابعة والخامسة أن تمهد إلى وزارة الشؤون الاجتماعية بالأشراف على تربية الصغير وتعليمه بدلاً من سلب ولايته إذا رأت مصلحة الصغير في ذلك .

كما أجاز للوزارة أن تمهد بهذا العمل إلى أحد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية الممدة لهذا الغرض ، وإذا لم تتحقق الفائدة المرجوة من هذا الأشراف لسبب يرجع إلى الولي جاز رفع الأمر للقضاء لسلب الولاية أو وقفها .

وإذا قضت المحكمة بسلب الولاية أو وقفها عهدت بالصغير إلى من يلي من سلبت ولايته أو وقفت ، فإن امتنع أو لم تتوافر فيه شروط أهلية الولاية جاز للمحكمة أن تمهد بالصغير إلى أي شخص أمين عليه ولو لم يكن قريباً له ما دام حسن السيرة صالحاً للقيام بتربيته أو أن تمهد به لأحد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المختصة بذلك .

وفي هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تتعهد من عهدهت إليه بالصغير بمباشرة الحقوق التي حرم منها الولي كلها أو بعضها .

وإذا قضت المحكمة بإحدى من الولاية بأن وقفت الولي عز بعض حقوقها

فوضت مباشرة الحقوق التي حرمت الولي منها إلى أحد أقارب الصغير أو أي شخص مؤتمن أو إلى معهد أو مؤسسة اجتماعية على حسب ما فيه مصلحة الصغير.

### هل يجوز إعادة الولاية المسلوقة ؟

أجاب هذا المرسوم بقانون في مادته الحادية عشرة<sup>(١)</sup> عن هذا التساؤل فصرح بأنه لا يجوز إعادة الولاية المسلوقة إذا كان الحكم على الولي في الحالة الأولى من حالات وجوب سلب الولاية .

وأجاز إعادةها فيما عدا ذلك في بعض الحالات إذا طلب ذلك الولي بعد رد اعتباره ، وفي بعضها بمضي ثلاث سنوات فأجاز إعادةها بعد الطلب ورد الاعتبار له إذا كان سلبها منبياً على الحالتين الثانية والثالثة من حالات وجوب سلب الولاية ، أو بناء على الحالات الثلاث الأولى من حالات جواز سلب الولاية .

فإن كان سلبها بناء على الحالتين الرابعة والخامسة من حالات جواز سلب الولاية جاز الولي استرداد حقوقه التي سلبت منه إذا انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم بسلب الولاية .

هذا ولم ينفرد القانون المصري بذلك بل شاركه القانون اللبناني في أكثر تلك الحالات .

فالولاية تسقط - فوق سقوطها بفقد الولي شرطاً من شروط أهلية الولاية

---

(١) ونصها : « يجوز للأولياء الذين سلبت ولايتهم وفقاً للبند ٢ ، ٣ من المادة الثانية ، أو سلبت ولايتهم أو بعض حقوقهم فيها وفقاً للبند ١ ، ٢ ، ٣ من المادة الثالثة أن يطالبوا باسترداد الحقوق التي سلبت منهم إذا رد اعتبارهم ، ويجوز أيضاً في الأحوال المنصوص عليها في البندين ٥ ، ٤ من المادة الثالثة إذا انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم بسلب الولاية » .  
ونلاحظ أن كلا من الرسميين بقانون ١١٨ - ١٩٩٠ لسنة ١٩٥٢ قد نصا على أنه يقترب على سلب الولاية على النفس سقوطها بالنسبة إلى المال بحكم القانون دون أن يحتاج إلى صدور حكم بسقوط الولاية على المال .

وبإتمام الصغير من البلوغ وهو ثمانى عشرة سنة<sup>(١١)</sup> - بمقتضى قانون العقوبات اللبناني ( المواد ٩٠ - ٩٣ ) كمقوبة اختيارية تحكم بها المحاكم الجزائية على الولي أو الوصي لدى الحياة أو لأجل يتراوح بين ثلاث سنوات وخمس عشرة سنة في الأحوال الآتية .

١ - إذا حكم على الولي أو الوصي بمقوبة جنائية وتبين أنه غير جدير بممارسة سلطته على الصغير .

٢ - إذا حكم على الولي أو الوصي بمقوبة جنائية أو جناحية من أجل جريمة اقترفها بحق الصغير أو بالاشتراك معه .

٣ - إذا اقترف الصغير جناية أو جنحة تسببت عن تهاون الولي أو الوصي في تهذيبه أو عن اعتياده أهمال مراقبته .

وعلاوة على ذلك نص القانون ذاته على أن تدابير الإصلاح التي يحكم بها على القاصر توجب تعليق حق الأب أو الأم أو الولي في حفظه وتربيته ففي هذه الحالة يمارس حق الحراسة والتربية باسم محكمة الأحداث الشخص المختار أو رب العيلة أو مدير المؤسسة أو مدير الإصلاحية أو مدير المعهد التأديبي الذي سلم إليه القاصر ( المادة ١٢٧ )<sup>(١٢)</sup> .

---

(١) فقد نص قانون حقوق العائلة على أنه يشترط لأهلية الزواج أن يكون الحاطب في سن الثامنة عشرة فأكثر والمخطوبة في سن السابعة عشرة فأكثر وهذه السن موافقة لقول أبي حنيفة وابن عباس ، ونص قانون الزوجيات والمقود اللبناني في المادة ( ٢١٥ ) على أن أهلية الالتزام هي تمام الثامنة عشرة وهي موافقة لرأي الإمام مالك في الذكر والأنثى ، كما نص قانون تنظيم القضاء الشرعي الجديد في المادة ( ٣٨٩ ) على أن فاقد الأهلية الحاضمين لولاية المحكمة الشرعية هم الأيتام دون الثامنة عشرة من عمرهم قبل أن تقرر المحكمة بلوغهم من الرشد .

(٢) البادئ، للشرعية والقانونية للدكتور صبيح عجماني ص ٦٢ ، ٦٣ .



## الفصل الثاني

### في الولاية على المال

يراد بالولاية على المال : السلطة التي يملك بها الولي التصرفات والعقود التي تتعلق بمال المولى عليه من البيع والشراء والأجارة والرهن والأعارة وغيرها .

وهذه الولاية تثبت على العاجزين عن تدبير شئونهم المالية من الصغار والمجانين والمعتبين باتفاق الفقهاء ، كما تثبت على السفهاء وذوي الغفلة عند جماهير الفقهاء خلافاً لأبي حنيفة .

أما الصغير : فيمر بمرحلتين حتى يبلغ . المرحلة الأولى : مرحلة عدم التمييز وتنتهي عادة ببلوغ سن السابعة وفي هذه المرحلة تكون الولاية عليه عامة ، فجميع التصرفات لوليّه ، لأن الصغير فيها لا إدراك له ولا تمييز ومن ثم لا تكون له عبارة معتبرة ، فأبي تصرف يصدر منه يكون باطلاً .

فإذا بلغ سن السابعة من عمره <sup>(١)</sup> بدأت المرحلة الثانية وهي مرحلة التمييز

---

(١) ولعل السند للفقهاء في تحديد سن التمييز بسبع سنين قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « مروا أولادكم بالصلاة لسبع واشربوهم عليها لشر وفرقوا بينهم في الخابج » فإن الأمر بالصلاة لا يكون لمن له تمييز ليمتاعها فيما بعد .

وفيهما يدرك الفرق بين النافع والضار بصورة إجمالية ، كما يعرف معاني العقود إجمالاً ، فيدرك أن معنى يمت إخراج الشيء من حيازته ، ومعنى اشترت إدخال المشتري في حيازته ، فيتحقق له بهذا أهلية للتصرف لكنها ناقصة يحتاج معها إلى رأي وليه ، ومن هنا قرر فقهاء الحنفية إن تصرفاته في هذه المرحلة ثلاثة أنواع :

١ - تصرفات نافعة نفعاً محضاً . كقبول الهبة أو الهدية ، وهذه تصح منه وتنفذ ولا تتوقف على إذن وليه .

٢ - تصرفات ضارة ضرراً محضاً كهبه ماله وأهدائه وإبراء المدين له من الدين وإقراره بالدين ، وهذه باطلة لا تنفذ حتى ولو أجازها وليه ، لأن الولي لا يملكها ابتداء فلا يملك تقليبها لغيره بالإجازة .

٣ - تصرفات مترددة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإجارة وعقود المعاوضات كلها ، وهذه تصح باعتبار ما عنده من إدراك وتمييز وأهلية ناقصة ، ولكنها تتوقف على رأي الولي <sup>(١)</sup> . إن أجازها - في حدود ما يملكه من الولاية - نفذت لظهور أن نفعها أكثر من ضررها ، وإن ردها بطلت لظهور أن ضررها أكبر وتستمر هذه المرحلة إلى البلوغ ، وهو يكون بالعلامات الطبيعية إن وجدت وبالسن إن لم توجد ، وهو مقدر عند جمهور الفقهاء بخمس عشرة سنة ، وعليه العمل في القضاء ، وخالف أبو حنيفة فجعله ثمانى عشرة سنة للفتى ، وسبع عشرة

---

(١) قانون للوجيبات اللبثاني ٢١٦ م ينص على أن تصرفات المميز التي لا تخضع لأجراء معاملة خاصة تعتبر قابلة للإبطال بناء على طلب أو طلب وليه أو ورثته ولكن بشرط إثبات وقوع الفعل في العقد ، وإذا كان العقد الذي أنشأه القاصر يخضع لصيغة معينة كوجوب مخالفة المحكمة المدنية على عقد المقاصة مع القاصر أو غير ذلك من الصيغ والشروط فالإبطال واقع من جراء ذلك دون أن يلزم المدعي بإثبات وجود الفعل ، فلم تعد تصرفاته موقوفة على إجازة الولي بل على عدم وجود الفعل في النوع الأول فهي قابلة للإبطال فيه ، وفي الثاني باطلة إذا لم تراخ الصيغ الخاصة بالطرفية قانوناً .



سنة للفتاة ، وجعله مالك ثمانى عشرة سنة لها استناداً لقول ابن عباس في تفسيره لقوله تعالى : « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده » الأنعام - ١٥٢ فقد فسر أشد اليتيم بثمانى عشرة سنة فكان حد البلوغ بالسن ، ولكن أبا حنيفة أنقص الفتاة سنة لأنها أسرع إلى البلوغ عادة من الفتى .

أما الجمهور فقد استندوا إلى ما رواه الجماعة عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : « عرضت على النبي ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني ، وعرضت عليه يوم الحندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني » (١) .

فأجازة الرسول وإذنه بالقتال وهو ابن خمس عشرة سنة دليل على أن أدنى سن للبلوغ مبلغ الرجال هو ذلك (٢) .

وإذا بلغ عاقلاً كملت أهليته ولكن لا يسلم إليه المال إلا إذا ثبت رشده ، وهو الأحسان في التصرف في المال بحيث لا ينفقه إلا على مقتضى العقل والشرع ،

(١) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٨٢ . ومعنى الأجازة الأذن بالخروج القتال من أجازته إذا أمضاء وأذن له .

(٢) الجمهورية جعل هذه السن لبلوغ الفتى وهي الرواية المشهورة عندهم وفي رواية من ثلاث عشرة إلى أربع عشرة وفي ثالثة إذا بلغ عشرًا وكان بصيرًا كما في شرائع الإسلام ج ١ ص ٢٤ واختصر المنافع ص ١٦٤ ولعل هذه الرواية هي سند منهم حسن انعقاد تصرفات الصغير ولو كان مبزاً إلا إذا بلغ عشر سنين وتصرف في وجوه الخير كما جاء في مفتاح الكرامة ج ٥ ص ٢٤٩ ، ص ٢٥٢ .

أما سن البلوغ للفتاة فهو تسع سنين قولاً واحد كما في المراجع السابقة ، وفي لغة الإمام جعفر ج ٥ ص ٦٩ يمد أن قرر ذلك علق عليه في هامش هذه الصفحة بقوله : « والفتى الجمفرى لم ينفرد بهذا ففي كتاب ابن عابدين وهو من أهم المراجع في المنعجب الحنفى » رادنى مدة البلوغ المذكور اثنتا عشرة سنة ولأثنى تسع سنين وهو المختار كما في أحكام الصغار له .  
ونحن نقول : إن قول الحنفية هذا ليس في مقام إثبات البلوغ بالسن وإنما في مقام آخر وهو أدنى سن تصدق فيه دعوى البلوغ من الفتاة بدليل مقابله وهو اثنتا عشرة في الفتى ، أما البلوغ بالسن إذا لم توجد العلامات الطبيعية فهو خمس عشرة سنة لها عند الصاحبين وهو المفتى به .

وما دام لم يسلم إليه ماله تبقى الولاية المقيدة لتصرفاته فلا يتصرف إلا بالأذن .

ولم يحدد الفقهاء الرشد سناً معينة ، لأنه أمر يختلف باختلاف الأشخاص والأزمان ، بل وكلا ذلك إلى التجربة والاختيار وهو قول صاحبين من الحنفية والجمعية ، أيضاً وزادوا أنه يثبت بشهادة رجلين عدلين في الذكور والأناث وبشهادة النساء وحدهن أو مع الرجال في الأناث فقط .

وسند هذا الرأي قوله تعالى : « ولا تؤثروا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولاً معروفاً » وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم النساء - ٦٤ ، فإذا ثبت الرشد بالفعل سلم إليه ماله .

وذهب أبو حنيفة إلى أن ذلك يستمر إلى خمس وعشرين ، فإذا بلغها سلم إليه ماله وإن لم يرشد بالفعل ، لأن الفرض من منع المال عنه تهذيبه ونأديه بصورة حسنة ، فإذا بلغ هذه السن ولم تقد التجارب معه لم يكن هناك أمل في ذلك ، وحينئذ يدور الأمر بين منع ماله عنه وفيه إهدار لكرامته وهو عاقل وبين دفع المال إليه والمحافظة على كرامته كأنسان ، وإذا دار الأمر بين الإنسانية والمال رجعت كفة الإنسانية ومنع الحجر عليه ، ولأنه يكون في هذه السن إمكان أن يكون جذاً وأنا أستحي أن أحجر عليه .

ولأنه مخاطب بالتكاليف الشرعية مأمور بالوفاء بالعقود في قوله تعالى : وبأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود المائدة - ١ وفي الحجر عليه معارضة لهذه الآية .

ولكن الراجح هو رأي الجمهور لقوة أدلته السابقة مع أن القرآن صرح بأن للسفيه ولياً في قوله سبحانه في آية المدافعة في سورة البقرة - ٢٨٢ « فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل » فقد جعل للسفيه ولياً يتصرف عنه .

ولأن الحجر على السفية فيه مصلحة له من المحافظة على ماله الذي يمتد إلى ورثته من بعده ، فلو ترك يتصرف فيه لأضاعه وأصبح عالة على المجتمع .

وإذا كان الفقهاء لم يحددوا سناً معينة فقد حدد القانون الرضعي للرشد المالي سناً معينة إذا بلغها الشخص كان رشيداً وارثت للولاية عنه وسلم إليه ماله إلا إذا ثبت من تصرفه ما يقتضي الحكم بإبقاء الولاية أو الوصاية عليه قبل بلوغه سن الرشد ، فحددها القانون المصري بأحدى وعشرين سنة ميلادية والقانون اللبناني بثلاثي عشرة سنة وقد جعلها سناً للبلوغ والرشد معاً .

وفائدة هذا التحديد تظهر في سهولة التطبيق القضائي واستقرار المعاملات المالية .

أما المجنون : وهو عديم العقل فيأخذ حكم الصغير قبل سن التمييز إذا كان جنونه مطبقاً أو متقطعاً في حال الجنون ، أما في حال الإقامة فهو كالعاقل .

أما المعتوه : وهو قليل الفهم فاسد التدبير يختلط الكلام فيأخذ حكم الصغير بعد سن التمييز .

وأما ذو الفعلة : وهو الذي لا يعتدي إلى التصرفات النافعة ويغبن في البياعات لضنف إدراكه فيأخذ حكم السفية . وهو البالغ العاقل غير الرشيد يحجر عليه ويمنع عنه ماله .

من تثبت له الولاية المالية :

تثبت الولاية المالية على الصغير عند الحنفية للأب ثم لوصيه ثم لوصي وصيه ، ثم للجد الصحيح وهو أبو الأب وإن علا ، ثم لوصيه ثم لوصي وصيه ، ثم للقاضي

ثم الوصي القاضي (١١) .

فهي تثبت للأب أولاً ، فإن لم يوجد وكان قد اختار وصياً ليدبر شئون أولاده المالية ثبتت لهذا الوصي وإن كان الجدد موجوداً ، وكذلك إذا اختار وصي الأب وصياً ليقوم بدله ، فإن لم يوجد هذا الوصي أو كان ورفى كانت الولاية للجد ، ثم من بعده لوصيه ولوصي وصيه إن وجد ، فإن لم يوجد واحد من هؤلاء كانت الولاية للقاضي الذي يعين في الغالب وصياً يتولى ذلك الأشراف .

ونقدم الأب على غيره أمر طبيعي لأنه أشفق الناس على أولاده وأحرصهم على مصالحهم ، وكان وصي الأب مقدماً على الجدد لأن اختيار الأب وصياً مع وجود الجدد دليل على أنه أولى من الجدد ، لأنها تعتمد على الأمانة والتجربة والخبرة أكثر من اعتمادها على الشفقة التي يتميز بها الجدد عن الوصي ، وإرادة الأب في شئون ولده محترمة في حياته فكذلك تحترم بعد وفاته .

هذا وليس لأحد من العصبات غير الأب والجد حق في الولاية على المال إلا إذا جاءت بطريق الوصاية من الأب والجد أو الاختيار من القاضي وكذلك لا حق للنساء إلا من هذا الطريق (١٢) .

---

(١) أما المالكية والحنابلة فتثبت الولاية عندهم للأب ثم لوصيه ثم للقاضي ثم وصيه فأم يجعلوها للجد أصالة وإن كان يصح أن يكون وصياً من قبل الأب أو القاضي قالوا : لأنه لا يبدل إلى الصغير بنفسه وإنما يبدل إليه بالأب فلا تكون له الولاية على مال الصغير كالأخ . أما الشافعية فجعلوها أولاً للأب ثم للجد ثم لوصي من تأخر موته منها ثم القاضي ثم لمن يليه وصياً ، لأن الجدد عندهم ينزل منزل الأب عند عدمه لوقوع الشفقة عنده مثل الأب ولذلك تثبت له الولاية في التزويج فتثبت ولايته في المال أيضاً .

(٢) وبهذا تفرق الولاية على المال عن الولاية على النفس فالأولى شعبة الدائرة والثانية دائرتها أوسع فتشمل كل العصبات بل تتعداها إلى غيرهم من ذوي الأرحام من الرجال والنساء عند أبي حنيفة . ولهذا قد تجتمع الولايتان لشخص واحد وقد تنفرد إحداها عن الأخرى فيكون للمال ولي وللنفس ولي آخر في وقت واحد كالأخ مع الوصي عند عدم الأب والجد .

أما الجعفرية : فالولاية على المال عندهم كالولاية على النفس تكون للأب والجد وإن علا في مرتبة واحدة يشتركان فيها على ما بيناه فيما سبق ، ثم لوصي أحدهما مع فقد الآخر ثم للقاضي ، وله أن يعين وصياً إذا آلت الولاية له .<sup>(١)</sup>

أما الولاية على المجنون والمعتوه : فإذا كان الجنون أو المعته مضاجاً للبلوغ فإن الولاية تكون للأولياء السابقين لأنها كانت ثابتة بسبب الصغر ولم يوجد ما يقتضي رفعها فتستمر إلى الأفاقة قولاً واحداً في المذهب الحنفي .

أما إذا بلغ الصغير عاقلاً سليماً ثم طرأ عليه الجنون أو المعته بعد رفع الولاية عنه فالراجح في المذهب الحنفي عود الولاية إلى الولي السابق لوجود المعجز المقتضى للولاية وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه .

ويذهب زفر إلى أن الولاية تكون للقاضي ابتداء ، لأن ولاية الأب والجد قد سقطت بالبلوغ مع العقل والساقط لا يعود .. لكن هذا غير مقبول ، لأنه لا يعقل أن تكون الولاية للقاضي مع وجود الأب أو الجد وأهليتهما متحققة وشفتيتهما متوفرة ، والقاضي لا يتولى ذلك بنفسه بل إنه يتولاه بواسطة الوصي ، فلا يعقل أن يعين وصياً أجنبياً مع وجود واحد منها .

والجعفرية : يفضلون كذلك بين المتصل بالصغر والطارئ ، ففي المتصل تكون الولاية للأب والجد قولاً واحداً ، وفي الطارئ المتجدد بعد الرشد فالولاية للحاكم ، لأن ولاية الأب والجد قد سقطت والساقط لا يعود إلا بدليل كقول زفر السابق .

وقال صاحب الجواهر وصاحب مفتاح الكرامة : الأحوط توافق الجد والأب مع الحاكم . أي أن التصرف بمال المجنون الذي انفصل جنونه عن صغره يكون برأي الجميع .

---

(١) مفتاح الكرامة ج ٥ ص ٢٥٥ ، القروة الوثقى ج ٢ ص ٤٠٦ .

أما الولاية على السفه وفي الفقرة : فتثبت أيضاً للأولياء السابقين إذا كان السفه والفقلة متصلين بالصغر عند محمد بن الحسن ، وعند أبي يوسف تكون للقاضي ابتداء .

أما إذا بلغ رشيداً ثم طرأ عليه السفه أو الفقرة فإن الولاية تكون للقاضي الذي يعين قياً يتولى سلطات الولاية تحت إشرافه ومراقبته ، لأن الحجر للمحافظة على أموالهما لا لنقص أهليتهما ، والنظر في مثل هذه الحالة للحاكم الذي ينوب عنه القاضي .

والجعفرية يفصلون أيضاً بين المتصل بالصغر والطارىء ، ففي السفه الطارىء تكون الولاية للحاكم دون الأب والجد قولاً واحداً ، واختلفوا في المتصل بالصغر على قولين . أحدهما تكون للأب والجد استصحاباً للولاية السابقة ، وثانيها أنها تكون للحاكم <sup>(١)</sup> . فهو متفق في هذا مع مذهب الحنفية .

هؤلاء هم أصحاب الحق في الولاية على المال في مذهبي الحنفية والجعفرية وعليهما العمل في المحاكم السنية والجعفرية في لبنان .

أما في مصر فقد كان يجري العمل في القضاء على مذهب الحنفية إلى أن صدرت تشريعات وضعية عدلت بعض أحكام الولاية كان آخرها المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ المنظم لأحكام الولاية على المال فبعد دائرة الأولياء وأصبح عمل المحاكم الحسبية بمقتضاها .

فمادته الأولى تنص على أن « الولاية للأب ثم الجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً للولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ولا يجوز له أن يتنصع عنها إلا بإذن المحكمة » .

---

(١) - تاريخ الإسلام ج ١ ص ٢٠٥ ، فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ١٠٥ .

والمادة ٢٩ منه تنص على أنه « إذا لم يكن للقاصر أو الجبل المستكن وصي  
عُتبار تعين المحكمة وصيا » .

ومن هاتين المادتين يكون القانون قد ضيق دائرة الولاية على المال وجعلها  
للأب ثم لوصيه ويسمى الوصي المختار ، فإن لم يكن واحد منها تكون للجبد  
ثم من بعد الجبد للقاضي ينوب عنه وصيه .

فقد أُلغى وصي وصي الأب كما أُلغى وصي الجبد ووصيه ، ولم يعمل حق  
الأبصاء إلا للأب وللقاضي ، وفي المذاهب الأخرى متسع لهذا الألفاء<sup>(١)</sup> .

كما أنه جعل تلك الولاية إلزامية لمن ثبتت له لا يجوز له التنحي عنها إلا  
بإذن من المحكمة محافظة على مصلحة الصغير لتنتطبع المحكمة عند الاستئذان  
في التنحي أن تتخذ من الإجراءات ما يكفل مصلحة المولى عليه إذا وجدت  
سبباً يدعو إلى التنحي كالشيخوخة أو المرض المعجز عن مزاولة أعمال الولاية .  
ولأن ولايتها كما أنها حق لها هي واجبة عليها لأنها ولاية ذاتية أصلية أثبتتها  
المشرع لها دون توقف على تعيين أو قضاء فلا يجوز لأحدهما التنازل عنها إلا  
بموجب شرعي<sup>(٢)</sup> .

#### شروط الولي على المال :

شروط الفقهاء لأهلية الولاية على المال الشروط الآتية :

١ - أن يكون كامل الأهلية بالبلوغ والعقل والحرية ، لأن ناقصها لا ولاية  
له على ماله ، فلا تكون له ولاية على غيره .

---

(١) كما ألغى الكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ .

(٢) ومثلها في ذلك القاضي فهو يستمد ولايته من الشرح ويأمرها دون قرائن قضائي ، أم  
الأوصياء فولايتهم اختيارية من يملك ذلك ، ولا تكون إجبارية فلم يتم قبولها ابتداء .

٢ - ألا يكون سفياً يخشى على مال القاصر من تصرفاته، فإن كان محجوراً عليه بالفعل فالأمر ظاهر ، لأن المنوع من التصرف في ماله يمنع من التصرف في مال غيره من باب أولى ، وإن كان غير محجور عليه بالفعل ولكنه يستحق الحجر فلا ولاية له أيضاً لعدم ائتمانه على المال ، فقد جاء في كتاب جامع أحكام الصغار « إن الابن إذا آل إليه ميراث من أقاربه وأبوه حي موجود فلو كان أبوه مبذراً ومستحقاً للحجر عليه على رأي من يرى الحجر لا تثبت الولاية لهذا الأب مطلقاً ، وهذا الشرط يتفق مع رأي صاحبين الفائلين بالحجر على السفه وهو المفق به ، وأما على رأي الإمام فلا يشترط هذا الشرط فتكون للأب السفيه ولاية على مال ابنه ولكن تصرفه يقيد بما لا يضر بمال الصغير ، وسيأتي بيانه في تصرفات الأب .

٣ - أن يكون متعدياً مع القاصر في الدين ، فإن كان الأب غير مسلم وأولاده مسلمون . كان تكون أهمهم قد أسلمت وهم صغار وبقي الأب على دينه فيكون الأولاد مسلمين تبعاً لأهمهم ، لأنهم يتبعون خير الأبوين ديناً فلا تثبت الولاية للأب عليهم في هذه الحالة ، وكذلك لو كان الأب أسلم وتوفى وترك أولاده المسلمين فلا يكون لجدم المخالف له في الدين ولاية عليهم .

وهذا الشرط في غير القاضي ، لأن ولاية القاضي ولاية عامة مستمدة من رئيس الدولة الذي هو ولي من لا ولي له من رعاياه مسلمين وغير مسلمين .

وقد نصت المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أنه « لا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو » .

فهذه المادة تناولت الشرطين الأول والثاني ، وأما الثالث وهو الاتحاد في الدين فقد جاء اشتراطه صريحاً في الوصي في المادة - ٢٧ - ولا فرق بين الولي والوصي في ذلك ، ولأن أصل القانون هو الفقه الإسلامي وهذا من مبادئه .



## سلطة الولي في التصرفات :

الأصل في تصرفات الولي أنها غير مطلقة بل مقيدة بما فيه مصلحة المولى عليه ، وعلى ذلك لا يملك التصرفات الضارة ضرراً محضاً . كهبه جزء من مال المولى عليه أو التصديق به ، فإذا صدرت منه كانت باطلة ، ويملك التصرفات النافعة نفعاً محضاً . كقبول الهبة والصدقة والوصية ، ومثلها التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإجارة والشركة بشرط ألا يكون فيها ضرر ، فإن كان فيها ضرر كانت باطلة ، هذا إجمال لحكم التصرفات ، أما تفصيلها فإنها تختلف باختلاف الشخص الذي يتولاها ، وإليك البيان .

### تصرفات الأب : يفصل الحنفية في الآباء فيصنفونهم أصنافاً أربعة .

الصف الأول . أب معروف بالثبني والأسرار وعدم الأمانة على المال ، وهذا لا يستحق الولاية على أموال أولاده ، فلو أعطيت له الولاية ثم ظهر كذلك سلبت ولايته وأخذ منه المال وسلم إلى من يستحقها إن كان موجوداً ، وإلا سلم إلى وصي يختاره القاضي ليحقق للصغار ما ينفعهم ويحافظ على مصلحتهم .

الصف الثاني : أب معروف بفساد الرأي وسوء التدبير لكنه أمين على المال غير مبذر فيه ، وهذا يستحق الولاية نظراً لأمانته وعدم تبذيره ، ولأنه أقرب الناس إلى أولاده موقور الشفقة عليهم ، ولكنه يراقب في تصرفاته فيمنع من كل ما يضر بمصلحة الصغير ، فيشترط لصحة تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر أن تكون فيها منفعة ظاهرة ، فإن تحققت نفدت وإن لم تتحقق ألغى التصرف .

ولقد وضع بعض الفقهاء مقياساً للمنفعة الظاهرة في بيع العقار أن يكون بضعف قيمته ، وفي شرائه أن يكون بنصف القيمة ، وفي بيع المنقول أن يكون بزيادة تساوي نصف قيمته ، وفي شرائه أن يكون بنقص يساوي ثلث

قيمتِه فيبيع ما قيمته ستة بتسعة ، ويشتري ما قيمته تسعة بستة  
وقيل غير ذلك لكن الفتوى على الأول .

الصنف الثالث : أب مستور الحال لم يعرف عنه فساد رأي ولا تبذير .

الصنف الرابع : أب معروف بحسن الرأي والتبذير والتصرف . وهذا  
والذي قبله تثبت لها الولاية الكاملة ومطلق التصرف في أموال من في ولايتها  
صغاراً كانوا أو غير صغار .

فيملك الواحد منها كافة التصرفات التي يملكها في ماله ، ولا يستثنى منها  
إلا ما فيه ضرر محض كالتبذير والصدقة وما في معناها ، لأن التبذير إخراج مال  
الصغير بدون عوض فيكون ضرراً محضاً .

وعلى هذا يكون له بيع أموال المولى عليهم عقاراً كانت أو منقولاتاً ويشتري  
لهم ما دام ذلك البيع والشراء بمثل القيمة أو بفن يسير بما يتفان فيه الناس  
عادة ، ولا يملك أحد نقص تصرفه حق الصغير إذا بلغ لا يملك ذلك ، لأنه  
صدر عن ولاية تامة .

أما إذا كان البيع والشراء بفن فاحش فإنه لا يكون صحيحاً ، لأنه في  
معنى التبذير وهو ممنوع منه فيبطل البيع وينفذ الشراء على الأب لا مكان تنفيذه  
بدون ضرر بالمولى عليه .

ويمحور له أن يشتري مال الصغير لنفسه أو يبيع ماله له ما دام خالياً من  
الغبين الفاحش ، ويتم العقد بمبارته وحدها . كبت هذا إلى ابني أو اشترت  
هذا من ابني ، وهي من الصور المستثناة من القاعدة العامة عندم التي تمنع قول  
الشخص الواحد طرفي العقد في العقود المالية بمباراة واحدة ، وخالف في ذلك  
زفر تسكاً بالقاعدة كما يحوز أن يؤجر ماله ويستأجر له بدون غبن فاحش ،

ولا يجوز له أن يوجر أموال الصغير لمدة طويلة لأنها غالباً تكون بأجرة ناقصة  
ففيها ضرر بأموال الصغير .

وله أن يردع أموال القاصر ولو كان الأيداع بأجر ، لأنه من طرق المحافظة  
على أموال القاصر .

كما أن له أن يعير أموال الصغير إذا كان العرف يجري بذلك ، لأنه كما يعير  
آلاته يستعير له من غيره فهو من قبيل تبادل الخدمات .

أما إذا كانت الآلة معدة للاستغلال والتأجير فلا يملك إعارتها ؛ لأن إعارتها  
تضييع لأجرها عليه ، ولا يجوز له أن يقرض أموال الصغير لنفسه ولا لغيره ،  
لأن الأقرض تمطيل للمال عن الاستثار وهو مأمور بتنميته ما استطاع .

ولا يجوز له أن يهب من ماله شيئاً ولا أن يتصدق به ولا التبرع بشيء منه  
حتى ولو كان التبرع لأداء واجب إنساني أو عائلي ، لأنها تصرفات ضارة ضرراً  
محضاً وهو لا يملكها .

والحكم في الهبة شامل للهبة بعوض وبلا عوض عند الشيخين ، لأنها هبة  
على كل حال في ابتدائها .

وجوز محمد بن الحسن الهبة بعوض ، لأنها وإن كانت تبرعاً ابتداء فهي معاملة  
انتهاء فتكون في معنى البيع ، وله أن يرهن مال القاصر في دين على أسر ،  
لأن هذا التصرف من مقتضيات التصرف في أمواله ولا ضرر فيه حتى وأخذ  
الرهن في مقابلة الدين لأنه وفاء له وهو مطلوب منه .

واختلفوا في جواز رهن الأب مال القاصر في دين على الأب . فجوزه أبو  
حنيفة ومحمد ومنعه أبو يوسف وزفر ، وجه الأول : أن للأب أن يردع مال  
القاصر اتفاقاً فيكون له رهنه من باب أولى ، لأن الرديئة إذا هلكت بدون  
تعد أو تقصير في الحفظ لا تضمن ، والرهن إذا ملك عند المرتهن يكون مضموناً  
على كل حال ، فإذا ملك بالتعدي أو بالتقصير يضمن بقيمته كاملة ، وإذا ملك بدون

تعد ولا تقصير كان مضموناً بالأقل من قيمته يوم قبضه الدين<sup>(١)</sup>، وفي كل الحالات يضمن الأب لابنه مقدار ما يضمنه المرتهن .

وجه قول أبي يوسف وزفر أن هذا يؤدي إلى ضياع جزء من مال القاصر في سبيل إيفاء الأب دينه بطريق الرهن وهو لا يجوز لأنه ضرر محض ، ولأن في الرهن تعطيلاً لمنفعة المال لأنه يبقى محبوساً إلى أن يسدد الدين وقد يطول وقت الحبس لمعجز الأب عن السداد لدينه ، بخلاف الأيداع لأن الأب يملك استرداده في أي وقت ، ولأن الأيداع يقصد به أولاً حفظ المال وهو منفعة تعود على صاحب المال ، أما الرهن فممنغته راجعة إلى الأب .

ومع وجاهة هذا الرأي رجح الفقهاء قول أبي حنيفة ومحمد لأنه مقتضى الاستحسان وهو مقدم على القياس الذي يقضي بالقول الآخر .

هكذا قرر الفقهاء هذه المسألة وتوضيحا أن الرهن يترتب عليه ضياع لجزء من أموال الابن وهو ضرر محض ، والأصل أن الأب ممنوع من كل تصرف في مال ابنه ينطوي على ضرر محض وهو مقتضى القياس أي القاعدة العامة فيمنع منه وهو ما ذهب إليه أبو يوسف وزفر .

لكن أبا حنيفة ومحمدا استثنيا هذه الجزئية وجوزا للأب رهن مال ولده مع ما فيه من ضرر في بعض صورته واستندا إلى قياس الرهن على الأمانة وجعلوه قياساً أولوياً فكان استحساناً لاستثنائه من عموم القاعدة . لكن القياس ظهر أنه مع الفارق فلا يصح فضلا عن أن يكون أولوياً .

---

(١) بمعنى هذا أن الرهن إما أن تكون قيمته وقت التسليم إلى المرتهن مساوية لقيمة الدين فيسقط الدين بهلاكه ويضمن الأب لابنه قيمة الرهن كاملة ، وإما أن تكون قيمة الرهن أقل من قيمة الدين فيسقط من الدين مقدار الرهن ويضمن الأب لابنه قيمة الرهن كاملة ، وإما أن تكون قيمة الرهن أكثر من قيمة الدين فيسقط الدين ولا يطالب الأب المرتهن بزيادة الرهن على الدين لأنها أمانة في يده فتهلك بجائاً لأنها لا تضمن إلا بالتعدي وفي هذه الحالة يضمن الأب لابنه مقدار الدين فتضيق عليه الزيادة البتة . ج ٦ ص ١٣٥ .

وإذا أردنا تصويره استعساناً صحيحاً نقول : نعم إن الرهن في بعض صورته يلحق الضرر بال الابن ، ولكن الأب له حق في مال ابنه بمقتضى الحديث « أمت ومالك لأبيك » فقد يضطر الأب إلى رهن مال ابنه في دين عليه فيجوز له الرهن من هذه الناحية لكن ينبغي أن نعيد ذلك بما إذا لم يجد الأب مالا يرهنه في الدين الذي عليه ، أما إذا وجد من ماله ما يصلح للرهن فلا يجوز له رهن مال ابنه لأن الاستثناء ضرورة تقدر بقدرها .

فلو قلنا إن الفقه يجوز للأب الرهن إذا لم يكن عنده ما يصلح للرهن ، أما إذا كان في ماله ما يصلح لذلك فلا يجوز له يكون قسولا وسطاً بين القولين مستنداً إلى الأصول الصحيحة .

تلك هي تصرفات الأب بحكم ولايته في أموال القاصر في الفقه الحنفي ، ومع هذا فإنه لا يطالب قضاء بتقديم المسوغات لتصرفاته في أموال أبنائه ما دامت غير ظاهرة الضرر اكتفاء بحسن رأيه وتدبيره ، فإذا كان الضرر ظاهراً تدخل القضاء بحفاظة على أموال القاصر .

لكن المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أدخل على تلك الأحكام بعض القيود والاستثناءات فأجاز له أكثر التصرفات التي جوزها له المذهب الحنفي ، ومنعه من بعض هذه التصرفات ، وأوجب عليه استئذان المحكمة المختصة في بعضها ، وبيلت الذكرة الأيضاحية أسباب ذلك .

فجعل للولي أياً أو جداً إدارة أموال القاصر والتصرف بها في نطاق تلك القيود كما نصت عليه المادة الرابعة ونصها : « يقوم الولي على أموال القاصر وله إدارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة في هذا القانون » بمد أن أخرج منها المال الذي يؤول إليه بطريق التبرع إذا شرط المتبرع ذلك كما صرح به المادة الثالثة وهي تنص على أنه .

« لا يدخل في الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك » .

وملاحظه في هذا احترام إرادة المتبرع الذي قد يرى لسبب من الأسباب جعل هذا المال المتبرع به بعيداً عن سلطة الولي حتى لا يكون شمول ولاية الولي لمثل هذا المال سبباً لحرمان الصغير من تلك التبرعات<sup>(١)</sup>.

وفياً عدا ذلك وتلك القيود والاستثناءات يبقى للأب كافة التصرفات الأخرى في نطاق الشريعة الإسلامية كما جاء في المذكرة الأيضائية .

والباعث للشرح على وضع هذه القيود كقالة الاستقراء في المعاملات، وسهولة التطبيق لأن الفصل بين أصناف الآباء في تفصيل الحنفية والتمييز بينها يبدو عسيراً فلا يمكن الأخذ به في وقتنا الحاضر .

واليك ما جاء بشأن تصرفات الولي في القانون .

فالمادة الخامسة منته من التبرع من مال القاصر ، واستثنت التبرع لأداء واجب إنساني أو عائلي فجوزته بأذن المحكمة ، فإذا تبرع بدون الأذن كان التبرع باطلاً والزم بدفع ما تبرع به من ماله الخاص .

وهذا التبرع وإن كان فيه إخراج جزء من المال بدون مقابل إلا أن المشرع لم يرف فيه إطلافاً للمال لأن فيه نفعاً من ناحية أخرى ، لأنه إذا كان لواجب عائلي كمساعدة الأقارب أو مواساتهم فهو داخل في نطاق التكافل الاجتماعي في محيط الأسرة ، وفي كثير من صورته يشبه الهبات بعوض فكان في معنى تبادل المنافع بين أفراد الأسرة الواحدة ، وإذا كان في واجب إنساني كالتبرع لأنقاذ ضحايا ومنكوبي حريق أو لأنشاء مدرسة أو ملجأ أو مستشفى فهو تعاون في خدمة عامة للمجتمع ، ويمكن إدخاله في نطاق الزكاة وهي واجبة في مال

---

(١) ويكون التصرف في هذا المال الوصي الذي تختاره المحكمة للتصرف في هذا المال خاصة إن لم يكن للتبرع اختيار وصياً خاصاً بهذا المال فإن كان يجب عوض الأمر على المحكمة لتتبرع هذا الاختيار ٥٨ .

الصغير عند جهور الفقهاء ، وبهذا لا يكون من باب أنصرر المحض وبخاصة أنه يقيد بأذن المحكمة التي تقدر الأمر تقديرًا سليمًا ولا تأذن فيه إلا إذا كان مال القاصر يتعمله ولا يلحق به الضرر .

والمادة السادسة : منعت من التصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجته أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ، وهذا المنع مراعاة لمصلحة الصغير لاحتمال أن يكون في هذا التصرف محاباة لأحد هؤلاء الأقارب ، فتوقفه على إذن المحكمة نفى لهذه التهمة لأنها لا تأذن بما فيه محاباة .

كما منعت هذه المادة الولي من رهن عقار القاصر في دين على نفسه مطلقاً لا بأذن المحكمة ولا بفرض إذنها وهو قول أبي يوسف وزفر كما قدمنا ، وقد أحسن المشرع صنعا بذلك حيث جنب أموال القاصر من التعرض لخطر الرهن الذي قد يستقله الأب كلما لحقه دين وبخاصة أن القانون جعل حق الولاية لكل أب دون تفرقة بين حسن التدبير وسيء التدبير ولا بين المبذر وغير المبذر ، ومن أجازته من الخنفية لم يميزه إلا لأب أمين حسن التدبير أو على الأقل مستور الحال كما قدمنا ، ولو كان أجازته بإذن المحكمة في صورة الضرورة التي أشرنا إليها سابقاً لكان أوفى وأحسن .

والمادة السابعة منعت الأب من التصرف في العقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة ، ولم تجعل للمحكمة رفض الأذن إلا إذا كان التصرف من شأنه أن يجعل أموال القاصر في خطر ، كما لو أراد الأب بيعها نسيئة لشخص غير مأمون اليسار ، أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة <sup>(١)</sup> .

---

(١) والحالة الأولى وهي تعريض مال القاصر للخطر سبب من أسباب سلب الولاية أو الحد منها كما جاء في المادة العشرين من هذا المرسوم بقانون ، والحالة الثانية موافقة الأحكام المقررة في القانون المدني ، وهي حالة كانت تستوجب بطلان التصرف في الشريعة الإسلامية كما سبق بيانه .

والذي دعا إلى هذا التقييد تمعد المعاملات وحاجة الأب إلى التماس التوجيه  
السليم من أصحاب الخبرة وفي هذا احتياط و ضمان لمصلحة القاصر .

ويلاحظ هنا أن هذا التقييد لا يسري على ما آل إلى القاصر من مال بطريق  
التبرع عن أبيه صريحا كان التبرع أو مستترا فلا يلزمه استئذان المحكمة في  
تصرفه فيه كما لا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال كما نصت عليه المادة  
الثالثة عشرة .

والمادة الثامنة منعت الولي أن يتصرف في المال الموروث للقاصر إلا بأذن  
المحكمة وتحت إشرافها إذا كان مورثه قد أوصى بأن لا يتصرف وليه في ذلك  
المال الموروث ، لأن في ذلك احتراماً لرغبة المورث في إبقاء أصل المال للقاصر  
لما قد يراه من ضمان لتربية القاصر أو تعليمه أو استمراره في الحصول على ريعه  
مع إصابته بعاقة أو مرض لا يمكن الشفاء منه .

وقد رأى المشرع ألا تكلف يد الولي عن التصرف في مال الصغير إذا ما كانت  
لصغير مصلحة في ذلك لجرد وجود ذلك الشرط فأباح له التصرف بشرط الحصول  
على إذن المحكمة التي تراعي التوفيق بين رغبة المورث في تحقيق الأغراض التي  
رمى إليها وبين ما قد تكون للصغير أحيانا من مصلحة في إجراء التصرف .

والمادة التاسعة منعت الولي من إقراض مال الصغير واقتراضه إلا بأذن  
المحكمة حتى تتحقق من أن الإقراض تدعو إليه حاجة القاصر ، أو أن  
الأقراض لشخص مأمون لئلا يتعرض مال الصغير للضياع وكل من الأقراض  
والاقتراض من أعمال الإدارة التي رأى المشرع ألا يبرمها الولي بدون إذن  
المحكمة لأن الأقراض إخراج المال من تحت يده واحتمال ضياعه لأفلاس المقترض  
أو مماطلته في إداء ما عليه من ديون ، والاقتراض يتضمن مديونية القاصر  
وتحمل ذمته بأعباء مالية .



والمادة العاشرة منمت الولي من تأجير عقار القاصر لمدة تتجاوز بلوغه سن الرشد إلا بإذن المحكمة ، لأن الولاية تنقضي ببلوغ القاصر هذا السن ، وفي هذا تنقييد لأرادة القاصر ، لأنه قد يرى بعد بلوغه سن الرشد تأجير العقار بصورة مختلفة عما فعله الولي ، فتقييده بإذن المحكمة منع لهذا الأمر المحتمل لأنها قد ترى مصلحة القاصر في هذا التأجير فتأذن فيه .

والمادة الحادية عشرة : منعت الولي من الاستمرار في تجارة آلت للقاصر إلا بإذن المحكمة .

وقد روعي في هذا ما للاستمرار في التجارة من أهمية خاصة تستدعي مسئولية القاصر في ماله ، ولما تتطلبه الأعمال التجارية من خبرة معينة ، فإذا أذنت المحكمة وجب على الولي مراعاة حدود الأذن ولا يتجاوزها .

والمادة الثانية عشرة : منعت الولي من قبول هبة أو وصية للصغير عملة بالالتزامات معينة إلا بإذن المحكمة .

والحكمة في هذا واضحة لأن الالتزام الذي صاحب الهبة أو الوصية قد يكون مضيقاً لفائدتها فيجعلها عبئاً على الصغير ، فالمحكمة تبحث ذلك لترى هل فيها فائدة فتأذن أو لا ترفض .

والمادة الرابعة عشرة : أجازت للأب وحده أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك .

وعلى هذا يجوز للأب التعاقد مع نفسه باسم القاصر في غير ما استثناء هذا القانون أو غيره . ويكون هذا النص استثناء من المادة ( ١٠٨ ) من القانون المدني الخاصة بمنع للشخص من التعاقد مع نفسه فلا يسري حكمها على هذا الاستثناء

وفد صرحت المذكرة الأيضاحية بأن المشرع قد رأى في ذلك الأبقاء على  
المبدأ الذي تقرره الشريعة الإسلامية ولا سيما أن افتراض وفرة الشفقة في الأب  
يشجع في إعفاء الأب من القواعد العامة المتعلقة بهذا المنع .

#### تصرفات الجد في ولايته :

اختلف أئمة المذهب الحنفي في تحديد نطاق تصرفات الجد على رأيين .

ف يرى أبو حنيفة وأبو يوسف أنه لا يملك كل ما يملكه الأب من تصرفات ،  
بل تقتصر ولايته على ما يملكه وصي الأب - وسبأتي بيانها - لأنه يلي الوصي  
في المرتبة فلا يكون له اختصاص أكثر من ذلك الوصي ، ولو كان مساوياً  
للأب لتلاه في المرتبة وتقدم على وصي الأب في الولاية المالية .

ويرى محمد بن الحسن أنه يملك ما يملكه الأب لا فرق بينها ، لأن ولايته  
أصلية أثبتتها له الشارع ولم يستمدها من أحد حيث ثبتت له باعتباره أباً عند  
فقد الأب ، ولأنه موقوف للشفقة كالأب فيملك ما يملكه ، وتأخره في المرتبة  
عن وصي الأب لاحترام إرادة الأب لا لأنه أضعف في ولايته من وصي الأب .

ومع وجاعة رأي محمد فقد اختار الفقهاء الرأي الأول للفتوى .

وعلى القول بتساوي الجد مع وصي الأب في نطاق الولاية فرقوا بينها في  
أمرين .

أولهما : أن الجد يملك التماقد لنفسه بالبيع والشراء من مال القاصر من غير  
غبن فاحش ، أما الوصي فلا يملك ذلك إلا إذا كان في البيع والشراء مصلحة  
ظاهرة . كأن يشتري عقار الصغير بضعف قيمته وأن يبيع عقاره للصغير  
بنصف قيمته عند أبي حنيفة كما سيأتي .

وثانيهما : أن وصي الأب يملك بيع أعيان التركة عقاراً أو منقولاً في سداد

الديون وإن كان بعض الورثة كباراً لقيامه مقام الأب في وركته ، فيتولى تسديد ديونه بمقتضى الأيضاء ، وكذلك له تنفيذ الوصية .

أما الجد فلا يملك ذلك إذا كان بعض الورثة كباراً ، لأن ولايته بحكم الشرع على الصغار فقط فيقتصر تصرفه على بيع ما يخص الصغار فقط .

والقانون جعل ولاية الجد كولاية الأب في الجملة حيث أدخلها تحت عنوان واحد وهو الولي الذي جعل له أحكاماً خاصة تخالف أحكام الوصي ولكنه فرق بينها في الأمور الآتية :

١ - أن الأب يتصرف في مال القاصر دون إذن المحكمة إلا ما استثناء هذا القانون كما سبق بيانه .

أما الجد فلا يتصرف في هذا المال قليلاً كان أو كثيراً ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها إلا بأذن المحكمة مادة - ١٥ .

٢ - إن للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء كان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك مادة - ١٤ .

أما الجد فإنه لا يجوز له أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر إلا بأذن المحكمة بمفهوم المادة السابقة وإذا أذنت له المحكمة في هذا التعاقد عينت وصياً خاصاً يتولى إبرام العقد مع الجد .

٣ - أن الأب لا يسأل في أعمال ولايته إلا عن الخطأ الجسم كتصرفه بغير فاحش .

أما الجد فيسأل عن خطئه ولو كان يسيراً معاملة له معاملة الوصي مادة - ٢٤ .

وقد راعى هذا النص الفرق بينها تلك الروابط الوثيقة بين الأب وولده

والتي تشفع للأب إذا ارتكب خطأ يسيراً كالذي يقع في مال نفسه ، أما الجد فقد عاملته معاملة الوصي فيخضع لنص المادة - ٣٣٦ .

٤ - أن الأب لا يحاسب على ما تصرف فيه من ريع مال القاصر عدا المال الذي وهب للقاصر لغرض معين كالتململ أو القيام بحرفة أو مهنة كما جاء بالفقرة الثانية من المادة - ٢٥ - لأن عدم محاسبته على ريع هذا المال الموهوب لغرض معين تفوت لغرض الوهب ، بخلاف الجد فإنه يحاسب على كل ريع مال القاصر لأن المادة - ٢٦ - <sup>(١)</sup> تنص على أنه تسري على الجد الأحكام المقررة في هذا القانون في شأن الحسب ، وقد ألزمت المادة - ٤٥ - منه الوصي : أن يقدم حساباً مؤيداً بالمستندات عن إدارته قبل أول يناير من كل سنة ، ولا يعفى من ذلك إلا إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة جنيه ما لم تر المحكمة غير ذلك .

#### وصي الأب :

إذا اختار الأب شخصاً ليكون خليفة عنه في الولاية على أولاده القصر بعد وفاته تكون له الولاية بعد وفاته إذا توافرت فيه شروط الوصاية ، ومرتبته في الولاية مقدمة على ولاية الجد كما قدمنا .

وقد أجاز الفقهاء للجد أن يوصي قبل وفاته ويكون وصي الجد ، ويتولى الأموال بعد وفاة الجد كذلك ، لكن القانون قصر حق اختيار الوصي على الأب ولم يجعله للجد ، وتكون إقامة الوصي المختار بمقتضى الأيضاء الذي يتم بالإيجاب والقبول بأي لفظ يفيد تفويض الأمر إلى الوصي . كجعلت فلاناً وصياً أو عهدت إليه بمال أولادي ، أو جعلت هذا وصياً وما شابه ذلك .

---

(١) ونصها « يتسلم الوصي أموال القاصر ويعلم حالها وعائتها وعليه أن يبذل في ذلك حسن العناية ما يطلب من الركيل المأجور وفقاً لأحكام القانون المدني » .

والقبول يكون بالقول في حياة الموصي وبعد وفاته، وكذلك يكون بالفعل بعد وفاته كتصرفه في المال، ولا يشترط شرعاً كتابة هذا العقد، ولكن القانون شرط أن يكون الاختيار ثابتاً بورقة رسمية، أو ورقة عرفية مصدق على توقيع الأب، أو ورقة مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه منعاً للمنازعات في إثباته.

كما لا بصير الشخص المختار وصياً في نظر القانون إلا إذا أقرته المحكمة بأن وجدته أهلاً للوصاية، فإن لم تجده أهلاً لها ألقت هذا الاختيار وعينت وصياً بدله.

وعقد الأيضاء غير لازم في حياة الموصي فله أن يرجع عنه في أي وقت  
مادة - ٢٨.

#### شروط الوصي :

شرط الفقهاء في أهلية الوصي مطلقاً مختاراً من الأب أو معيناً من القاضي .  
أن يكون كامل الأهلية عدلاً أميناً قادراً على إدارة شئون من له الوصاية عليه ،  
وأن يكون متحداً في الدين مع من جعلت له الوصاية عليه .

وهذه الشروط معتبرة بعد وفاة الموصي في الوصي المختار ، لأنه الوقت الذي تنفذ فيه الوصاية ، فلا اعتبار لتخلفها قبل ذلك ، لأنها شروط لنفاذ الوصاية لا لإنشائها ، فإن لم يكن أهلاً في هذا الوقت عدل عنه وعين القاضي غيره إن لم يوجد من يستحق الولاية كما في إيضاء الأب والجد غير موجود .

ويستوي في الوصي بعد توفر الشروط الرجل والمرأة والقريب والوارث  
غیر الوارث والأجنبي .

والقانون في المادة - ٢٢ - أجل الشروط في أنه يجب أن يكون الوصي  
عدلاً كفواً ذا أهلية كاملة ، وأن يكون متحداً في الدين مع القاصر ، فإن كان

الدين يشتمل على مذاهب وطوائف يشترط الاتحاد في الطائفة كالأقباط الكاثوليك .  
فإن لم يكن من أهل مذهبه كالكاثوليك أو الأرثوذكس ، فإن لم يكن فمن أهل  
دينه كالسليحية واليهودية كما جاء في الفقرة الثانية من هذه المادة ونصها :  
« ويجب على كل حال أن يكون الوصي من طائفة القاصر ، فإن لم يكن فمن  
أهل مذهبه ، وإلا فمن أهل دينه » .

ثم نصت المادة على طائفة لا يجوز للمحكمة أن تقضي بتعيين أحد منهم أو  
تثنيته إذا كان الأب اختار وصيا منها .

١ - المحكوم عليه في جريمة من الجرائم المحلة بالأدب أو الماسة بالشرف أو  
النزاهة ، ويجوز التجاوز عن هذا الشرط عند الضرورة إذا انقضى على تنفيذ  
العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات .

٢ - من حكم عليه لجريمة كانت تقضي قانونا سلب ولايته على نفس القاصر  
لو أنه كان في ولايته .

٣ - من كان مشهوراً بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة  
للتمعيش .

٤ - المحكوم بأفلاسه إلى أن يحكم برد اعتباره .

٥ - من سبق أن سلبت ولايته أو عزل عن الوصاية على قاصر آخر .

٦ - من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعمين متى بنى هذا الحرمان على  
أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها تبرر ذلك ، ويثبت الحرمان بورقة رسمية  
أو عرقية مصدق على إمضاء الأب فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه .

٧ - من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجته وبين القاصر

نزاع قضائي أو من كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة إذا كان يخشى من ذلك على مصلحة القاصر .

#### تخصيص الوصي المختار :

لا خلاف في أن الوصي يتصرف في كافة الأموال بما يخوله له حق الأيضاء إذا كانت الوصية مطلقة غير مقيدة بشيء مخصوص بأن قال الموصي : جعلتك وصياً ، أو أنت وصي .

أما إذا كانت مقيدة بنوع من التصرفات كأن يقول : جعلتك وصياً في الأموال المنقولة أو في التجارة أو بـمكان كأن يقول : جعلتك وصياً في الأموال الموجودة في بلد كذا أو ما شابه ذلك من التقييدات فهل يجوز لهذا الوصي التصرف في غير ما قيد به أو لا ؟

يرى أبو حنيفة : أن الوصاية لا تقبل التخصيص ، فإذا قال : جعلتك وصياً في أمور التجارة أو في قبض مالي على الناس صار وصياً على كل الأموال ، لأن الموصي رضي متصرفاً في بعض الأمور ولم يرض بتصرف غيره في شيء أصلاً ، فيكون أولى من غيره بالتصرف في الباقي ، على أن الوصي قائم مقام الموصي فيتصرف تصرفه لأن الوصاية خلافة تثبت كاملة لا تتجزأ .

ويرى أبو يوسف : أن الوصي المختار يتخصص بما خصص به ، لأن الموصي قد يكون له غرض صحيح في التخصيص ، لأن الناس يختلفون في التصرفات ، فبعضهم يكون لأحدهم دراية في نوع خاص دون غيره كالتجارة أو الزراعة فيكون الموصي قد اختار هذا لهذا النوع . وأراد اختيار غيره لنوع آخر فبات قبل الاختيار .

ومع وجاهة قول أبي يوسف وظهوره فإن الفتوى في المذهب على قول

أبي حنيفة (١) .

تعدد الأوصياء :

كما يجوز للأب أن يوصي لواحد يجوز له أن يوصي لأكثر من واحد حسبما يرى من المصلحة .

فإذا تعدد الأوصياء فإن صرح في الوصية بأن يتصرف كل واحد منها منفرداً ثبت له ذلك بالاتفاق ، وإن صرح بالآلتصرفاً إلا مجتمعين لا يكون لأحدهما الانفراد بالتصرف بدون إجازة الآخر كذلك اتفاقاً .  
وإذا أطلق فلم ينص على الانفراد ولا على الاجتماع فقال أبو يوسف : ينفرد أحدهما بالتصرف وينفذ تصرفه دون رأي الآخر .

وقال أبو حنيفة ومحمد : لا ينفرد واحد بالتصرف ، فإذا تصرف منفرداً كان تصرفه موقوفاً على إجازة الآخر يستوي في ذلك أن يكون الأيضاء بمقد واحد . كما إذا قال : أفتكها وصيين ، أو كان بمقدين بأن أفرد لكل واحد إيصاء (٢) .

وجه قول أبي يوسف : أن الأيضاء من باب الولاية وهي إذا ثبتت لائنين شرعاً ثبتت كاملة لكل واحد على الانفراد كالآخرين في مسألة الزواج ، فإذا زوج أحدهما نفذ دون توقف اتفاقاً ، لأن الأيضاء خلافة وهي تتحقق إذا انتقلت الولاية إليه على الوجه الذي كان ثابتاً للموصي وقد كانت بوصف الكمال ولأن اختيار الأب لها يؤذن باختصاص كل واحد منها بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل منها .

وجه قول أبي حنيفة ومحمد : أن الولاية تثبت للوصيين عند الموت فيراعي

---

(١) رد المختار على الدر المختار لابن عابدين ج ٥ ص ٦٣٧ .

(٢) تبين الحقائق ج ٦ ص ٩ ، رد المختار ج ٥ ص ٦١٥ .



وصف ذلك وهو وصف الاجتماع لأنه شرط مفيد إذ رأي الواحد لا يكون -  
كرأي الأثنين ، ولم يرش الموصي إلا بالأثنين فصار كل واحد في هذا السبب  
بمنزلة شطر العلة وهو لا يثبت الحكم وحده فكان باطلا .

بخلاف الأخوين في النكاح لأن السبب فيها القرابة وقد كانت ثابتة لكل  
واحد منها كاملة على انفراده ، ولأنه ما ضم أحدهما إلى الآخر إلا لأنه لاحظ  
أن الأول يعجز منفرداً عن إدارة أموال القاصر فكان لا بد أن يتصرف كلاهما  
برأي صاحبه .

ولأنه لو أجاز لكل منهما أن يتصرف من غير رأي الآخر لتعارضت  
التصرفات .

وقد استثنينا من قولهما مسائل لو بارشها أحدهما نقلت دون توقف على رأي  
الآخر ، وهي في جملتها ترجع إلى المسائل التي يخشى من تأخيرها الضرر . كبيع  
ما يخشى عليه التلف ، وتجهيز الميت ، وشراء ما لا يبد منه كالطعام ، والمسائل  
التي لا تحتاج إلى الرأي والمشورة كبيع ~~المشجرة~~ ، وقبول الهبة ، ورد الأمانة  
التي كانت عند الموصي وقضاء الديون الثابتة على الموصي ، وطلب الديون التي  
له على الغير .

ولهذا استظهر بعض العلماء أن لكل منهما الانفراد في هذه المسائل وأمثالها  
في حالة ما إذا نص على الاجتماع لأن مواضع الضرورة مستثناة ، ولأن الشرط  
لا يعمل به إلا إذا كان مفيداً ومراعاة ممكنة .

والقانون في المادة - ٣١ - أجاز عند الضرورة تعيين أكثر من وصي لكنه  
لم يجر لأحدهما الانفراد بالعمل إلا في حالتين .

أولاهما : إذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصاً لكل منهما في قرار تعيينه  
أو في قرار لاحق .

**وثانيهما :** إذا كان العمل ضرورياً أو مستجلاً أو متممعا لنفع القاصر كالظمن في الأحكام قبل انقضاء مواعيد الظمن أو تجديد قيد ، وعند الاختلاف بين الأوصياء رفع الأمر إلى المحكمة لتأمر بما يتبع .

### تعيين المشرف :

هذا وكما يجوز للأب شرعا أن يوصي لأكثر من واحد يجوز له أن يقيم مشرفا يشرف على أعمال الوصي فلا يتصرف الوصي إلا بعلمه ورأيه ، أما إنباء المال وحفظه فيستقل به الوصي ، ولا يكون المشرف وصيا على المفق به في المذهب الحنفي ، فلا يمكنه التصرف في مال القاصر حتى ولو كان التصرف مستجلاً أو لا ضرر فيه ، ولا يتقيد الوصي في اختيار المشرف كما لم يتقيد في اختيار الوصي فيصح أن يكون المشرف الأم أو غيرها (١) .

والقانون في المادة - ٥٠ - أجاز تعيين مشرف مع الوصي المختار أو مع وصي القاضي إذا اقتضت مصلحة القاصر مراقبة الوصي فيما تحت يده من أموال إذا تكررت الشكوى منه وحصل الشك في تصرفاته ولم يقدّم دليل يوجب المزل ، ففي هذه الحالات تعين المحكمة مشرفاً ووظيفته مراقبة أعمال الوصي ، وعلى الوصي أن يمكنه من فحص الأوراق والمستندات ، وإجابة كل ما يطلبه من إيضاح خاص بإدارة الأموال ، وعليه أن يبلغ المحكمة أو النيابة كل أمر يرى أن المصلحة توجب اطلاعاً عليه .

ولا يتولى المشرف شيئاً من الإدارة إلا إذا انتهت الوصاية ولم يعين وصي جديد فإنه يدير الأموال إلى أن يعين الوصي الجديد ، ولا يتولى إلا الأعمال التي يكون في تأخيرها ضرر .

---

(١) رد المحتار ج ٥ ص ٦١٨ .

### تصرفات الوصي المختار :

أما وصي الأب فيعتبر قائماً مقام الأب فيملك جميع التصرفات التي يملكها الأب في المذهب إلا في مسائل مستثناة لا يكون فيها مثل الأب . وهي ما يأتي :

١ - بيع العقار المملوك للقاصر . فلأب أن يبيعه بمثل القيمة أو بفن يسير ، أما وصيه فلا يملك بيعه إلا بمسوغ شرعي أو يكون في بيعه نفس ظاهر له ، والمسوغات هي ما يلي :

١ - أن تكون التركة عليها ديون لا يمكن إيفاؤها إلا ببيع العقار ، وكذلك إذا كان على القاصر دين كهذا .

ب - وجود وصية مرسلة أي بمقدار من المال كالف مثلاً ولا يوجد في التركة نقود أو عروض تباع لتنفيذها فإن العقار يباع حينئذ لتنفيذها لأنه لا ميراث إلا بعد تنفيذ الوصية ، أما إذا كانت مقيدة بالبيع أو الخمس مثلاً فلا يباع العقار ويكون الموصى له شريكاً للورثة فيه بمقدار الوصية .

ج - أن يكون القاصر في حاجة إلى النفقة ولا يمكن تدبيرها إلا ببيع العقار فيجوز للوصي أن يبيع منه بقدر النفقة ، ويتكرر البيع بتجدد الحاجة إليها .

د - أن يكون العقار مبنياً وبناؤه آيل إلى السقوط ، ولا توجد نقود عند الوصي لترميمه وتلاني سقوطه .

هـ - إذا كان العقار يخشى عليه النقصان أو الضياع كالأراضي التي تكون بحوار البحار أو الأنهار وتعرض لتآكلها عاماً بعد عام .

و - أن تكون ضريبة العقار وما ينفق عليه لصيانته أو لزراعته تزيد على غلته وما شاكل ذلك .

فإن لم يوجد مسوخ من المسوغات لبيعه فلا يباع إلا بِنفع ظاهر . كأن يرغب شخص في شرائه بضعف قيمته فيجوز ، لأن الوصي في هذه الحالة يستطيع أن يشتري للقاصر بالثمن عقار آخر .

فإن باعه بدون مسوخ كان البيع باطلا حتى لو بلغ الصبي وأجاز ذلك البيع لا تصح هذه الإجازة لأن الباطل لا تلحقه إجازة .

والفرق بين الأب والوصي في ذلك أن الشفقة متوفرة عند الأب فيكفي في تصرفه ألا يكون فيه ضرر ، أما الوصي فلا تتوفر له تلك الشفقة فكان الاعتبار الأول في ولايته هو الحفظ والصيانة والمقار عفوفاً مصون بنفسه فلا يجوز له بيعه إلا عند الخطر عليه أو النفع الظاهر .

٢ - بيع الوصي مال نفسه للقاصر وشراء ماله لنفسه . فبيئاً يصح للأب أن يبيع ماله للصغير وأن يشتري مال الصغير لنفسه متى كان البيع أو الشراء بمثل القيمة أو بفن يسير . لا يصح هذا من الوصي إلا إذا كان فيها نفع ظاهر للقاصر ، ويتحقق هذا النفع الظاهر كما صورته بعض الفقهاء بأن يبيع عقاره للقاصر بنصف القيمة ، ويشتري عقاره بضعف القيمة ، وفي غير المقار يكون البيع بنقصان ثلث القيمة ، والشراء بزيادة نصف القيمة ، كأن يبيع له ما قيمته خمسة عشرة بعشرة ، ويشتري منه ما قيمته عشرة بخمسة عشر ، وجواز البيع والشراء على هذا الوجه هو قول أبي حنيفة وعليه الفتوى ، وقال محمد وزفر لا يجوز للوصي هذا التصرف ، ووافقها أبو يوسف في أظهر الروايات عنه .

وكذلك لا يجوز للوصي أن يبيع مال القاصر لمن لا تقبل شهادته له من الأصول والفروع والأزواج ولا أن يشتري منهم له إلا بما فيه مصلحة واضحة على الخلاف السابق .

وإنما فرق بين تصرف الأب وتصرف الوصي لأن وفور شفقة الأب وحرصه على مصلحة أولاده لا يحتاج معها إلى ضمان آخر ، بخلاف الوصي الذي قد يؤثر مصلحة نفسه على مصلحة القاصر فاحتاج تصرفه إلى دليل ينفي ذلك عنه وهو بيعه وشراؤه بما يحقق له النفع الظاهر .

٣ - وهن الوصي شيئاً من أموال نفسه عند اليتيم نظير دين عليه له وارثانه شيئاً من أموال اليتيم عند نفسه نظير دين له على اليتيم لا يصح ذلك من الوصي بينما يصح ذلك من الأب .

وفيما عدا هذه الأمور فإنه يتصرف كل التصرفات التي يملكها الأب .

أما وصي القاضي فهو كوصي الأب إلا في بعض مسائل خاصة أهمها .

١ - ليس لوصي القاضي عقد المارضة في مال القاصر مع نفسه ولا مع من لا تقبل شهادتهم له ، لأنه نائب عن القاضي ، والقاضي لا يملك ذلك فكذلك نائبه ، أما وصي الأب فله ذلك بشرط أن يكون فيه نفع ظاهر كما بيناه .

٢ - الوصي المختار له أن يقيم وصياً بعد وفاته على مال القاصر الذي له عليه وصاية ، وليس ذلك لوصي القاضي إلا إذا جعل له القاضي ذلك في قرار تعيينه ، والسبب في ذلك أن القاضي الذي يستمد منه الوصي المعين من قبله ولايته موجود دائماً بخلاف الوصي المختار للأب فإن من اختاره غير موجود فلا يمكن الرجوع إليه .

٣ - وصي القاضي قابل للعزل وإن كان عدلاً كفواً إذا كانت مصلحة القاصر تقتضي ذلك ، لأنه وكيل القاضي وكل موكل بملك عزل وكيله ، أما الوصي المختار فلا يجوز للقاضي عزله إذا كان عدلاً كافياً ، لأنه لم يعينه فلا يملك عزله دون سبب مبرر لذلك العزل .

وقد عدَّ ابن عابدين مسائل أخرى يفرقان فيها فأرجع إليها إن شئت<sup>(١)</sup>

#### تصرفات الوصي في القانون :

احتاط القانون لتصرفات الوصي سواء كان وصياً مختاراً أو وصياً مميّناً فجعل تصرفاته كلها خاضعة لأذن المحكمة الحسبية نظراً لعدم وفور الشفقة عنده الموجودة عند الأب والجد .

فأوجب عليه الحصول على إذن المحكمة في أعمال التصرف في الأموال وإن كان إعفاء من الأذن في أعمال الإدارة كأجرة الأرض أو البناء أو بيع المحصول وقبض الدين وما شاكل ذلك .

وقد بينت المذكرة الأيضاحية معيار الفرق بين ما يعتبر من أعمال التصرف وما يعتبر من أعمال الإدارة وهو المساس برأس المال أي أصل المال الذي آل للقاصر وما أضيف إليه من غناء ، فكل تصرف ينطوي على إخراج جزء من رأس المال من الذمة أو على ترتيب حق عيني عليه يعتبر من أعمال التصرف ، وما عدا ذلك يعتبر من أعمال الإدارة ما لم يقض القانون أو العرف بغير ذلك ، كما في الأجرة التي تجاوزت مدتها ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ولاكثر من سنة في المباني ، أو كانت المدة تمتد إلى ما بعد بلوغ القاصر من الرشد فإنها وإن كانت من أعمال الإدارة إلا أن القانون منعه من ذلك إلا بإذن المحكمة مادة ٣٩ - فقرة - ٧ .

فال مادة - ٣٩ منعه من العديد من التصرفات وهي :

١ - جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة .

---

(١) رد المحتار ج ٥ ص ٩٣١ وما بعدها

٢ - التصرفات في المتقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل في أعمال الإدارة<sup>(١)</sup> .

٣ - الصلح والتحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة .

٤ - حوالة الحقوق والديون التي للقاصر وقبول الحوالة عليه وأقراض ماله واقتراضه ، لأن هذه التصرفات فيها خطورة من جهة مساسها بالضمانات الفعلية للدائن أو المدين ، لأن المدينين يختلفون في الحرص على الوفاء بالحقوق ، كما أن الدائنين يختلفون في طريقة طلب الحق وفقاً وشدة .

٥ - استثمار الأموال<sup>(٢)</sup> وقصفتها .

٦ - إقراض المال وإقراضه .

٧ - إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ، ولمدة أكثر من سنة في المباني .

٨ - إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة .

وظاهر أن المقصود هنا هو الأراضي الزراعية حيث لا يجوز أصلاً للعوصي تأجير عقار القاصر إذا كان من المباني لمدة أكثر من سنة « الفقرة السابقة » .

٩ - قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها ؛ لأن هذا الالتزام المشروط

---

(١) كبيع المحصول أو بيع ما جرى العرف ببيعه من نتاج الواسي فإنها لا تدخل في نطاق الأذن

(٢) يقصد بالاستثمار توظيف المال لفرض المحصول على الربح ك شراء فروع من الأسهم والسندات أو دفع جزء من المال لأحد التجار بقصد الشركة أو استغلاله في عمل معين . وهو يوجه الأجل صيانة رأس المال أو استثماره وتناوله للأفئاق من ريعه .

قد يؤدي إلى جعل التبرع لا فائدة فيه فيكون عبثاً على القاصر بدون مبرر .  
وهذا الحكم مقرر أيضاً بالنسبة للولي م - ١٢ .

١٠ - الأنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضياً بها بحكم واجب التنفيذ .

١١ - الوفاء الاختياري بالالتزامات التي تكون على التركة أو على القاصر ،  
أما الوفاء الذي يتم بناء على حكم أو بناء على سند رسمي واجب التنفيذ فلا  
يحتاج إلى إذن المحكمة ، لأنه واجب الوفاء .

١٢ - رفع الدعاوى إلا ما يكون في تأخير رفعه ضرر بالقاصر . كالتضايي  
المستعجلة ودعاوى الضرائب والشفعة والحيازة متى توافر مبرر الأسراع في  
مباشرتها .

وإنما شرط الاذن في غير هذه التضايي المستعجلة ، لان إجراءات التقاضي  
تتطلب لمباشرتها قسطاً من التقدير ، كما أنها تكبد مصاريف وتنطوي على مخاطر  
والمحكمة تثبت من سلامة الأسباب وعدم الخطر على القاصر فتأذن أو  
لا تأذن .

١٣ - التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون المادية  
والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها .

ورفع الطعون غير المادية في الأحكام ، لأن هذه تنطوي على خطر إما  
ضياع حق أو تكليف نفقات كثيرة مما يحتاج إلى تقدير خاص .

١٤ - التنازل عن التأمينات أو إضعافها ، لأنه قد ينطوي على تقويت  
مصلحة القاصر ، فينبغي أن تثبت المحكمة من وجود مبرر يدعو إلى ذلك  
التنازل .



١٥ - يجوز الوصي أموال القاصر لنفسه أو لزوجته أو لأحد أقاربها إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون نائباً عنه لأن المادة ( ١٠٨ ) من القانون المدني « منعت من جواز تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه . سواء كان التعاقد لحسابه أن لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصل » فقد جعل هذا النص للمحكمة نفسها أن تعطي هذا في صورة الأذن للوصي بالتأجير بعد التثبت من توافر مصلحة للقاصر في ذلك ، لأنها صاحبة الولاية الأصلية هنا على القاصر والوصي نائب عنها .

١٦ - ما يصرف في تزويج القاصر كالمهر وإعداد منزل الزوجية والمحكمة تقدر ذلك بما يتناسب مع حالة القاصر الاجتماعية .

١٧ - تعلم القاصر إذا اجتاج النفقة والاتفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنة معينة .

٠ وكلمة التعلم شاملة لجميع مزاحله وكافة أنواعه .

كما حتمت المادة ( ٤٠ ) على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي إذا كانت له مصلحة في ذلك ، فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التي تجري عليها القسمة والأجراءات الواجبة الاتباع ، وعلى الوصي أن يمرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها ، وللمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر : «تخاذ إجراءات القسمة القضائية .

هذا مع ملاحظة : أن المادة ( ٣٨ ) منعت الوصي من التصرف في أموال القاصر بطريق التبرع وجعلته باطلاً إلا إذا كان التبرع لأداء واجب إنساني أو عائلي وأذنت به المحكمة « فقد سوى بينه وبين الولي في ذلك .

كما يلاحظ أن القانون خلا من التعرض لحكم ما إذا آلت للقاصر تجارة . هل

يجوز للوصي الاستمرار فيها بأذن المحكمة ، بينما صرح بذلك بالنسبة للولي في المادة الحادية عشرة .

ولكن الذي يجري عليه القضاء هو أن للمحكمة إعطاء مثل هذا الأذن قياساً على ما ورد في تلك المادة بخصوص الولي حيث لا فرق بينها يقتضي إعطاء أحدهما ومنع الآخر ، لأن المحكمة هي التي تقدر ما إذا كانت التجارة ناجحة تعود على القاصر بالنفع فتأذن ، أو غير ذلك فلا تأذن .

ويظهر أن عدم النص كان لعدم وجود داع للفرقة عند أبولوة تجارة للقاصر بين ما إذا كان متولي شؤنه هو الولي أو الوصي . يدل لذلك أن قانون المجالس الحسبية الصادر في سنة ١٩٢٥ كان يبيع للمجلس الحسبي الأذن للوصي في ذلك المادة (٢٣) ، وجرى العمل في القضاء على ذلك ، فلما صدر قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ لم يصرح بذلك ، ومع ذلك استقر الأمر في الفقه والقضاء على ترك الأمر لتقدير المحكمة فتأذن إذا رأت التجارة ناجحة وإلا أمرت الوصي بتصفيتها ، فيبقى الحكم كذلك في ظل قانون الولاية .

**استحقاق الوصي الأجر على الوصاية :**

لفقهاء الحنفية في ذلك آراء ثلاثة :

أولها : أنه لا يستحق الأجر مطلقاً غنياً كان أو فقيراً

وثانيها : إنه يستحق الأجر مطلقاً غنياً كان أو فقيراً .

وثالثها : التفصيل بين ما إذا كان غنياً فلا يستحق الأجر وبين ما إذا كان فقيراً فيستحقه .

ومنشأ هذا الاختلاف هو الاختلاف في فهم قوله تعالى : « ومن كان غنياً

فليستغف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف ، النساء / ٦ فإنها جاءت في سياق الآيات المبينة أحكام من يتولى أموال اليتامى .

فصاحب الرأي الأول يقول : إن الآية طالبت الغني بالاستغفار ، وسوغت للفقر الأكل بالمعروف ، وليس الأكل بالمعروف أجراً ، ولأن الوصاية الأصل فيها التبصر من يقوم بها .

وصاحب الرأي الثاني يقول : إن الآية تقيد استحباب التبصر إذا كان غير محتاج ، ولا تفيد إلزامه بذلك فله أن يطلب الأجر إذا شاء إذ لا يمكن إلزام شخص أن يؤدي عملاً بغير مقابل .

ولأنه يضيع جزءاً من وقته في العمل للقاصر لو أضعافه في شئون نفسه لزادت ثروته فيكون مستحقاً للأجر ، ويترك ذلك لرأيه إن شاء طالب به ، وإن شاء تنازل عنه .

وصاحب الرأي الثالث يقول : إن الآية فرقّت بين الغني والفقر فطالبت الغني بالاستغفار ، وسوغت للفقر أن يأكل بالمعروف ، ولأن الأصل في الوصاية أن تكون تبرعاً ابتغاء ثواب الآخرة والغني لا يتضرر من ذلك ، أما الفقير فليحس الضرر فيستحق الأجر دفماً لهذا الضرر عقه استثناء من الأصل ، ولهذا قال بعض الفقهاء : إن هذا هو مقتضى الاستحسان وهو مقدم على القياس الذي يمنع<sup>(١)</sup> مطلقاً ، والقانون في المادة ( ٤٦ ) يقرر أن الوصاية تكون بغير أجر إلا إذا رأت المحكمة بناء على طلب الوصي أن تعين له أجراً أو أن تمنحه مكافأة عن عمل معين ، وهو لا يخرج عن تلك الآراء .

#### انتهاء الولاية والوصاية :

تنتهي الولاية شرعاً - كما قدمنا - ببلوغ القاصر عاقلًا رشيداً ، والرشد ليس له سن معينة عند جماهير الفقهاء بل يثبت الرشد بالتجربة ، فإن ثبت بالفعل انتهت الولاية وسلم المال إلى صاحبه وإن لم يثبت يبقى المال تحت يد الولي . ولكن القانون حدد للرشد المالي سناً معينة . وهي إحدى وعشرون سنة

(١) البدائع ج ٥ ص ١٦٧ ، رد المحتار ج ٥ ص ١٢٤ أدب الأوصياء ج ٢ ص ٢٨٣

ميلادية يكون الشخص بعدها رشيدا تنتهي الولاية عليه ويسلم إليه ماله مالم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية مادة ( ١٨ ) ، وذلك فيما إذا رفع الولي أمر القاصر إلى المحكمة بأنه لا يبدو عليه الرشد لظهور عوارض تنافي معه ، فإذا تثبتت المحكمة من ذلك حكمت باستمرار الولاية عليه قبل بلوغه الحادية والعشرين ، وتستمر الولاية إلى أن يصدر قرار من المحكمة بانهاؤها.

وإذا لم يصدر الحكم باستمرار الولاية حتى بلغ هذه السن انتهت الولاية بقوة القانون ، وينتقل الأمر إلى بحث حالته ، فإذا وجد به ما يقتضي الحجر عليه بعد تسلمه أمواله حجرت عليه المحكمة .

أما إذا بلغ مجنوناً أو مضطرباً فإن الولاية تستمر عليه ولو لم تقرر المحكمة استمرارها .

#### انتهاء الوصاية :

##### تنتهي الوصاية :

أولاً : ببلوغ القاصر سن الرشد كما في الولاية .

ثانياً : بعودة الولاية للولي أياً أو جداً فيما إذا كانت المحكمة سلبت الولاية لسبب من الأسباب وعينت وصياً بدله ، ثم زال سبب سلب الولاية وأمرت المحكمة بإعادتها .

ثالثاً : بعزل الوصي لسبب من الأسباب الموجبة لذلك أو قبول استقالته .

رابعاً : بفقد الوصي أهليته أو ثبوت غيبته بحيث لا يمكن القاصر الانتفاع من وصايته ، أو موته أو موث القاصر كما جاء بالمادة ( ٤٧ ) .

وإذا انتهت الوصاية وجب على الولي تسليم أموال القاصر خلال الثلاثين يوماً التالية لانتهاء الوصاية .

هذا هو المعمول به في جمهورية مصر العربية . مذهب الحنفية أولاً ، ثم القوانين التي كان آخرها المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ وفيه تقييد لبعض تصرفات الأولياء والأوصياء ومنع من بعضها ، وهذه القيود في مجملها لا تأبأها القواعد الشرعية لأنها احتياط لمصلحة القاصر .

أما المذهب الجعفري : الذي جعل الولاية على المثل للأب والجد أولاً ، ثم الوصي المتأخر منها ، ثم للحاكم ، وتقدمت شروط الولي والوصي ، وقد وضحوا قاعدة للتصرفات تقول :

تصرفات الولي التي تكون خيراً ونفعاً للمولى عليه تنفذ ، والضارة لا تنفذ لمناقبتها مع الفرض الذي شرعت الولاية من أجله .

واختلفوا فيما لا نفع فيه ولا ضرر من التصرفات ، فقال جماعة : تنفذ إذا كانت من الأب والجد فقط ، لأن الشرط في تصرفها عدم المفسدة لوجود المصلحة ، أما الحاكم والوصي فإن تصرفها لا ينفذ إلا مع المصلحة ، وقال آخرون لا فرق بين الأب والجد والوصي من أن تصرف الجميع لا ينفذ إلا فيما فيه المصلحة لقوله تعالى : « ولا تقرروا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن » الأسراء / ٣٤ .

فإن إطلاقه يشمل الجميع لكن المشهور الراجح هو التفصيل (١) .

ثم لهم تفصيلات في بعض التصرفات لا حاجة لذكرها بعد أن أصبح العمل في المحاكم اللبنانية غير خاضع للمذاهب الفقهية وحدها في تصرفات الأولياء والأوصياء لتدخل عدة قوانين في ذلك فأصبحت موزعة بين الأحكام الشرعية ، وقانون نظام أموال الأيتام ، وقانون تنظيم القضاء الشرعي ، وقانون الموجبات والعقود ، ولم يصدر إلى الآن تشريع موحد يجمع أحكام الولاية كما حصل في مصر .

---

(١) فقه الإمام جعفر ع ص ١٠٦ .

والتناظر في هذه القوانين يحدها قيدت بعض تصرفات الأولياء في أموال  
القاصر بترخيص القضاء ، ومنعت من البض الآخر .

من ذلك منع قانون الموجبات والعقود شراء واحد من الأولياء والأوصياء  
من أموال القاصر بدون ترخيص من القضاء م ٣٧٨ .

كما منع تأجير جميع العقارات لأكثر من سنة بدون ترخيص من القضاء م ٥٤١ .

كما منعه من إعارة الأشياء التي عهد إليه بإدارتها م ٧٣٣ .  
كما منع الشركة بين الأب والإبن ما دام خاضعاً لسلطته الأبوية ، أو بين الوصي  
والقاصر قبل بلوغه سن الرشد والموافقة النهائية على حساب الوصاية م ٨٤٦ .

وقانون تنظيم القضاء الشرعي جعل تصرفات الوصي كلها تحت إشراف  
القاضي بعد أن جعل إدارة أموال فاقدي الأهلية للقاضي الشرعي أي المحكمة  
المنهية م ٣٨٨ ، م ٣٨٩ .

وهذا التوزيع بين القوانين جعل مهمة الفصل بين تصرف وتصرف صغيرة  
لذلك جرى عمل القضاء من باب الاحتياط على أن يؤخذ إذن المحكمة المختصة  
في جميع التصرفات المهمة المتعلقة بفاقدي الأهلية لبعضرة هذه الأحكام وتناقضها  
أحياناً كما يقول الدكتور صبحي محصاني <sup>(١)</sup> .

---

(١) المبادئ الشريعة والقانونية ص ١٠٧ .

# البيرت الحارس

في نفقة الأولاد والأقارب<sup>(١)</sup>

---

(١) من أهم مراجع هذا البحث . سبل السلام ج ٣ ص ٢١٧ وما بعدها ، ونيل الأوطار ج ٦ ص ٣٤٦ وما بعدها ، المبسوط ج ٥ ، البدائع ج ٤ ، فتح القدير ج ٣ ، تبيين الحقائق للزيلعي ج ٣ ، البحر الرائق ج ٤ ، رد المحتار ج ٢ ، رسائل ابن عابدين ج ١ ، رسالة تحرير النقول في نفقة الفروع والأصول ، الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ج ٢ ، نهاية المحتاج ج ٧ ، للفتى والشرح الكبير ج ٩ ، الروضة البية ج ٥ ، شرائع الإسلام ج ٢ ، المختصر للنقح . فقه الإمام جعفر .





## فصل تمهيدي

في بيان القرابة التي توجب النفقة، والأصول التي يقوم عليها نظام النفقات

نفقة الأقارب نوع من التكافل الاجتماعي الذي أرسى الإسلام قواعده وشيد أركانه ، وأصل وجوب هذه النفقة مقرر في كتاب الله إجمالا في أكثر من آية، وجاءت الستة مفسلة وشارحة في أحاديث عديدة ، وطبق ذلك في المجتمع الإسلامي في عصوره المختلفة .

يقول جل شأنه : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف .... إلى أن قال : « وعلى الوارث مثل ذلك » البقرة / ٢٣٣ .

وفي آية أخرى يقول عز من قائل : « واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا وبذي القربى » النساء / ٣٦ .

وفي آية ثالثة يقول سبحانه : « وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا » الأسراء / ٢٣ .

وفي رابعة يقول جل ثناؤه : « وآت ذا القربى حقه » الأسراء / ٣٦ .

وفي خامسة يقول جل وعلا : « وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك

به علم فلا تطعمها وصاحبها في الدنيا معروفا » لقمان / ١٢ نزلت في الأيوين الكافرين والمصاحبة بالمعروف كما فسرهما رسول الله ﷺ بحسن العشرة بأن يطعمها إذا جاعا ، ويكسوها إذا عريا <sup>(١)</sup> .

أما السنة : فالأحاديث كثيرة نكتفي ببعضها منها :

ما رواه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : « دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه فهل عليّ في ذلك من جناح ؟ » فقال : « خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك » <sup>(٢)</sup> .

وما رواه النسائي عن طارق الحاربي قال : قدمنا المدينة فإذا رسول الله ﷺ قائم على المنبر يخاطب الناس ويقول : « يد المعطي العليا وأبدأ بمن تعول أمك وأباك وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك » <sup>(٣)</sup> .

وما رواه أحمد وأبو داود والترمذي عن يَزِيد بن حكيم عن أبيه عن جده معاوية بن حِجْدَةَ القشيري قال : قلت يا رسول الله من أكرم ؟ قال أمك ، قلت : ثم من ؟ قال : أمك ، قلت ثم من ؟ قال أمك ، قلت ثم من ؟ قال : أباك ، ثم الأقرب فالأقرب » <sup>(٤)</sup> .

وما رواه النسائي عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنها قال : قال رسول الله

(١) تبين الحقائق ج ٣ ص ٦٣

(٢) سبل السلام ج ٣ ص ٢١٧

(٣) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٤٦ . ومعنى تعول : ترون من حال الرجل أهله إذا ماتهم أي قام بها يحتاجون إليه من قوت وكسوة كما نقله الشوكاني عن صاحب فتح الباري في الترجيع السابق .

(٤) للرجع السابق

عليه السلام : « كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يقوت » (١) .

فهذه النصوص توجب النفقة الأقارب في جملتها ، ولما كانت دلالتها متنوعة منها القطعي والظني ، كما أن الأحاديث كلها من أخبار الأحاد وثبوتها ظني ، كما أن منها ما صح عند بعض الأئمة بينما لم يصح عند الآخرين لذلك اختلف الأئمة فيمن يجب له هذه النفقة على آراء .

١ - فالإمام مالك يرى أن نفقة الأقارب تنحصر في قرابة الولاد المباشرة ، فتجب للأب والأم على الولد ذكر أو أنثى ، وتجب على الأب لأولاده ، ولا تجب على الأم نفقة لأولادها ، ولا تجب لغير هؤلاء نفقة على أحد من أقاربهم (٢) .

ودليله على وجوب النفقة للوالدين الآيات التي أوجبت ذلك صراحة من قوله تعالى : « وبالوالدين إحساناً » ، وقوله : « وصاحبها في الدنيا معروفاً » ، وقول رسول الله ﷺ « أنت ومالك لأبيك » .

أما وجوبها للأولاد فبقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ويقول رسول الله ﷺ : « خذي ما يكفيك وبنيك بالمعروف » قالوا : فهذه النصوص صريحة في ذلك فيقتصر على مورد النص ، أما غير هؤلاء فلا يصلون إلى مرتبتهم فلا يقاسون عليهم .

٢ - والإمام الشافعي يذهب إلى أن النفقة تجب للأصول على الفروع وبالعكس ، فالقرابة الموجبة هي قرابة الولاد مطلقاً مباشرة وغير مباشرة .

---

(١) سبل السلام ج ٣ ص ٢٢١ يريد الرسول أن اثم تضييع من يقوت كاف في أهله الشخص عن كل اثم سواء

(٢) الشرح الكبير مع حاشية النووي ج ٢ ص ٢٢٢ وما بعدها

ودليله على ذلك الأدلة السابقة بتوسع في معنى الوالدين ليشمل الأجداد ،  
والأولاد ليشمل أولاد الأولاد لأن الأجداد آباء ، وأولاد الأولاد أولاد (١)

ولا تجب لغير هؤلاء ، أما قوله تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك » فلا  
يدل على وجوب النفقة على القريب الوارث لأنه معطوف على قوله تعالى :  
« لا تضار والدته بولدها ولا مولود له بولده » لا على قوله « وعلى المولود لهرزقهن »  
ولكننا نقول : إن هذا مجرد احتمال لأن الظاهر أنه معطوف على الأول ، لأن  
الأحاديث صرحت بوجوب النفقة للأقارب غير الأصول والفروع كقول الرسول  
« وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك بعد قوله أمك وأباك » .

٣- يرى الجعفرية : أن النفقة تجب للوالدين والأبناء اتفاقاً ، وفي وجوبها  
لغيرهم من الأصول والفروع تردد والراجح الوجوب ، وأما من عدا هؤلاء فلا  
وجوب لهم بل تستحب النفقة عليهم في المشهور (٢) عندهم ، وفي قول آخر تجب  
لغير الأصول والفروع .

٤- وذهب الحنفية إلى أن القرابة الموجبة للنفقة هي القرابة المحزمة للزواج  
فتجب على الشخص لكل قريب تربطها قرابة محرمة ، وهي تشمل الأصول  
والفروع والحارم من الحواشي كالأخوة والأخوات وأولادهم ، والأعمام والعمات  
والأخوال والحالات ، أما القريب غير المحرم فلا تجب له نفقة كأولاد العم والعمة  
وأولاد الحال والحالة .

وستقدم في ذلك الأدلة السابقة في أول الفصل التي توجب النفقة للأصول

---

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٧٠٧

(٢) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٨٤ ، والروضة البنية ج ٤ ص ٧٣ ، وعبارتها : تجب على  
الأبوين فصاعداً وهم آباء الأب وأمهات وإن علوا ، وآباء الأم وأمهاتها وإن علوا ، والأولاد  
فمازلا ذكورا كنزاً أم أنثى لأن التثني أو لنبته ويستحب النفقة على باقي الأقارب ويتأكد  
الاستحباب في الوارث منهم في أصح القولين .

والفروع والأقارب الوارثين ، ولكنهم قيدوا الوارثين بالمحارم بما روى أن  
عبد الله بن مسعود رضي الله عنه كان يقرأ آية البقرة « وعلى الوارث مثل ذلك »  
بزيادة « ذي الرحم المحرم » وهي وإن لم تثبت قرآنيها لعدم قوتها إلا أنها  
تعتبر تفسيراً وبياناً مسموعاً من رسول الله ﷺ .

ولأن القرابة المحرمة قرابة قوية تستحق العناية والمحافظة عليها من القطيعة  
بإيجاب النفقة لها دون غيرها ، ولهذا كانت سبباً في تحريم الزواج عند وجودها  
لما في الزواج من بسط سلطان الزوج على زوجته مما قد يؤدي إلى قطع الرحم ،  
فاقتصر لإيجاب النفقة على من اتصف بها دون من هو أدنى منه قرابة .

هـ - والحناية يذهبون إلى أن وجوب نفقة القريب على قريبه يدور مع الأثر  
وجوداً وعدمًا ، فإذا كان القريب وارثاً وجبت له النفقة لا فرق بين أصل وفرع  
لا بين محرم وغيره .

وسندهم في ذلك قوله تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك » فإنها أوجبت على  
وارث مثل ما أوجبه الآية في أولها على الأب من النفقة ، وذلك لأن القرابة  
تجعل القريب أحق بتركة قريبه وهو غنم تقتضي أن يقابله غرم وهو وجوب  
نفقة على الوارث ، ولذلك شرطوا اتحاد الدين بين من تجب له النفقة ومن تجب  
فيه حتى ولو كانوا من الأصول والفروع ، في الرواية الراجعة في المذهب <sup>(١)</sup> .

وفي رواية أخرى يشترط في غير الأصول والفروع ، وهذه الرواية - في  
نظري - هي التي تتفق مع صريح النصوص لأنها مطلقة لم تفرق بين المتفقين في  
الدين والمخالفين فقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » مطلق  
في كل مولود له ، وقوله : « وصاحبها في الدنيا معروفاً » نزل بخصوص الوالد  
الكافرين ، وكذلك أدلة وجوب النفقة للأولاد مطلقة ، وأما قوله تعالى :

(١) الفنى والشرح الكبير ج ٩ ص ٤٥٩

« وعلى الوارث مثل ذلك » فظاهرها أنها في الأقرباء الآخرين .

بهذا العرض للمذاهب نجد أن مذهب المالكية أضيق المذاهب في نفقة الأقارب ، وأن أوسعها مذهب الحنابلة وأنه أصلحها للعمل لما فيه من توسيع دائرة النفقة للأقارب وأعد لها من جهة اشتراط اتحاد الدين بين المنفق والمنفق عليه الذي يحصر الاتفاق بين التوارثين إذا ما قصرنا هذا الشرط على الأقارب من غير الأصول والفروع وأخذنا بالرواية التي لا تشترط اتحاد الدين بالنسبة للأصول والفروع ، ولو افترضنا عدم وجود هذه الرواية فإننا نستطيع إلغاء هذا الشرط بالنسبة لهم نظراً للعزوبة التي توجب النفقة للفروع على الأصول ، والمصاحبة بالمعروف التي تقضي بإيجاب النفقة للأصول على الفروع .

وأما غير هؤلاء فالعدالة وقضية مقابلة الغنم بالغرم توجب بقاء الاشتراط في حقهم .

وفوق ذلك : فإن العمل بهذا المذهب يقضي على بعض الحالات الشاذة التي تترتب على العمل بالمذهب الحنفي ، فإن ربط النفقة بالقرابة المحرمة توجب النفقة للفقير على خاله دون ابن عمه لوجود المحرمة في الأول دون الثاني مسح أن ابن العم ينفرد بميراثه ولا نصيب لحاله فيه .

هذا ولما كان العمل في مصر ولبنان يجري على مذهبي الحنفية والجمهورية فنستقصر الكلام عليهما بالتفصيل ، وقبل ذلك نقدم للقاريء أهم الأصول التي يقوم عليها نظام النفقات وهي :

١ - لا تجب نفقة لشخص على آخر إلا إذا كان محتاجاً بأن لم يكن له مال ، ولا يخرج عن ذلك إلا الزوجة فإن نفقتها واجبة على زوجها ولو كانت موسرة ، لأبى نفقتها لم تجب عليه لحاجتها بل لكونها محبوسة لحق الزوج عليها .

وبهذا يكون الأصل في نفقة الإنسان أن تكون في ماله صغيراً كان أو كبيراً

ذكر أكان أو أنتى قادراً على الكسب أو عاجزاً عنه عدا الزوجة لما قلنا .

٢ - نفقة الأولاد الذين لا مال لهم تجب على أبيهم وحده لا يشاركه فيها أحد ، لأنهم جزء منه فالأنفاق عليهم كالأنفاق على نفسه ، ولأن الأب يختص بانتساب أولاده إليه لا يشاركه أحد في ذلك ، وهو غنم يختص به فيتحمل غرم النفقة وحده مقابلة للغم بالغرم .

وبقابل ذلك أن نفقة الآباء تجب على أولادهم لا يشاركهم فيها أحد حق آباء هؤلاء الآباء إن وجدوا كما لو كان للمحتاج أب وابن فنفقته على ابنه وحده عند الحنفية <sup>(١)</sup> لأن الولد جزء أبيه وللأب شبهة حق في مال ابنه لحديث « أنت ومالك لأبيك » ، ولهذا قرروا في الرواية الظاهرة أن النفقة تجب عليهم بالتساوي لا فرق بين الذكور والإناث ، ولا بين الوارثين وغيرهم لتساوهم في تلك الجزئية .

وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة أن النفقة تكون على قدر الميراث فعلى الذكر ضعف ما على الأنثى <sup>(٢)</sup> .

ومع أن هذه الرواية في ظاهرها تتفق مع قاعدة الغرم بالنعم إلا أنها لا تتم كل صور وجوب النفقة على الأولاد بل تنحصر في دائرة الأولاد الوارثين فقط ، والنفقة تجب عليهم وارثين أو غير وارثين ، ثم إن المدل فيها عسدل افتراضي لا حقيقي ، لأن الأب الفقير المحتاج للنفقة غالباً ما يفارق الحياة ولا يترك شيئاً يورث عنه .

٣ - إن نفقة الأصول والفروع تجب من وقت ثبوت حاجتهم إلى النفقة دون توقف على قضاء القاضي ، أما نفقة غيرهم من الأقارب فلا تجب إلا من

---

(١) خالف الجعفرية في ذلك فقالوا: تجب النفقة عليهما بالسوية إذا كانا موسرين

(٢) للبوط ج ٥ ص ٢٢٢

## وقت القضاء بها (١)

ويظهر هذا الفرق في أن للأبوين والأبن أن يأخذوا من مال من وجبت عليه نفقته إذا كان غائباً وكان المال الموجود من جنس ما تجب فيه النفقة كالبرام والدنانير والطعام ، فيأخذ الواحد منهم قدر ما يحتاجه بالمعروف دون توقف على قضاء بالنفقة ، ولا ضمان عليه لأنه استوفى حقه حيث إن نفقته واجبة قبل القضاء ولا يجوز ذلك لغير الأصول والفروع

يقول الكمال بن الهمام (٢) : « والقاعدة في ذلك أن كل من يقضى له بالنفقة عند غيبة من تجب عليه النفقة جاز له أن يأخذها إذا قدر عليها وكانت من جنس حقه من غير قضاء ، وإن كانت من غير جنس حقه كالمروض فلا يأخذها إلا بأذن القاضي » .

٤ - لا تفرض نفقة في مال الغائب إلا إذا كان فرعاً أو أصلاً أو زوجاً ، أما إذا كان من تجب عليه النفقة من قرابة الحواشي فإنه لا تفرض نفقة لغيره في ماله ، وينتقل الوجوب إلى القريب الحاضر ولو كان أقل رتبة من الغائب ، ويفرض الغائب كأنه معسر ، لأن هذه النفقة وجبت للحاجة وتحتاج إلى قضاء القاضي ، والقضاء على الغائب لا يجوز في مذهب الحنفية ، ولا يمكن الانتظار حتى يحضر الغائب

٥ - لا تجب على فقير قادر على الكسب نفقة لأحد إلا لأصوله وفروعه وزوجته فإنه يجب عليه السعي والعمل للأففاق عليهم ما دام قادراً على الكسب فإن أبي أجبر على ذلك

(١) البدائع ج ٤ ص ٣٥ ، وود المختار ج ٢ ص ٦٨١

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٧



٦ - لا نفقة مع اختلاف الدين بين المتفق والمتفق عليه إلا للأصول والفروع والزوجة

٧ - النفقة للأقارب تجب بقدر كفايتهم لأنها وجبت لدفع الحاجة وهي تندفع بالكفاية ، ولا يستثنى من ذلك إلا نفقة الولد على أبيه المورس فإنه لا يقتصر الوجوب فيها على قدر الكفاية ، بل على حسب ما يراه القاضي ، فلو كان الولد بحاجة إلى خادم فرض له القاضي على أبيه نفقة خادم .

٨ - إذا امتنع من وجبت عليه النفقة عن الاتفاق على قريبه المستحق لها وأصر على الامتناع مع قدرته فإنه يجبس ولو كان أباً ، ومع كون حبسه إيذاء له وهو حرام إلا أنه يصار إليه دفعاً للضرر الأعلى وهو دفع الهلاك عمن الولد بتحمل الضرر الأدنى وهو حبسه عملاً بالقاعدة العامة « يتحمل أدنى الضررين لدفع أعلاهما » ولذلك لا يجبس الأب في دين لولده إلا دين النفقة مع أن غيره يجبس في الدين مطلقاً<sup>(١)</sup> .

٩ - نفقة الأقارب مطلقاً تسقط بمضي المدة إلا إذا كانت مفروضة ومستدانة بإذن القاضي أو بأذن من وجبت عليه ، وهذه المدة عند الحنفية مقدرة بشهر فأكثر من وقت القضاء بها ، لأن نفقتهم وجبت لسد الحاجة فإذا مضى شهر فأكثر ولم يأخذ القريب نفقته المقتضى بها دل ذلك على أنه غير محتاج إليها في تلك المدة ، أما ما دون الشهر فلا تسقط النفقة بمضيه وله أن يطالب بها ، لأنه لا بد من مثل هذه المدة ليتمكن من المطالبة بالنفقة ، ولا يستثنى من ذلك إلا نفقة الزوجة فإنها لا تسقط بمضي المدة<sup>(٢)</sup> ، وكذلك نفقة الصغير عند بعض

---

(١) البسوط ج ٥ ص ٣٢٤ ، البدائع ج ٤ ص ٣٨

(٢) البدائع ج ٤ ص ٣٨ ، فتح القدير ج ٣ ص ٣٥٤ أما مجرد القضاء بها فلا يصيرها ديناً خلافاً للملكية والشائعية فإنها تصير ديناً به عندهم

الحنفية<sup>(١)</sup> جعلوها كنفقة<sup>١</sup> الزوجة لا تسقط بمضي المدة بل تثبت ديناً في النعمة من وقت القضاء أو التراضي عليها رافة بالصغير لمعزّه ، ومع كونها تصير ديناً عند هؤلاء بالقضاء قالوا : إنها دين ضعيف يسقط بموت الصغير .

ولا تكون ديناً قوياً إلا إذا استدينيت بالفعل بأذن القاضي أو بأذن من وجبت عليه ، وكثير من القضاة في مصر يأخذون بهذا الرأي

وهذا الرأي أرجح في نظري من القول بسقوطها ، لأن المعنى الذي جعلوه مسقطاً لها بمضي المدة وهو عدم الحاجة إليها غير موجود في جانب الصغير ، لأنه غالباً ما يكون عند أمه وهي تنفق عليه من مالها فلا يلزم من تأخر طلبها استفتاء الصغير عنها بخلاف الكبير .

والجعفرية : يوافقون الحنفية في أن نفقة الأقارب لا تقضى وتسقط بمضي المدة دون تحديد لها بشهر قالوا : إنها وجبت سداً للحاجة لا للتمليك فلا تستقر في النعمة ولو قدرها الحاكم ، لأن التقدير لا يفيد الاستقرار في النعمة إذا لم تكن النفقة بقصد التمليك كنفقة الزوجة إلا إذا أذن القاضي للقريب بالاستدانة لفية المنفق أو بماطلته بدفعها ، أو أمر الحاكم المنفق بالأنفاق<sup>(٢)</sup>

١٠ - إذا لم يكن للفقير المستحق للنفقة أقارب موسرون كانت نفقته في بيت المال « خزانة الدولة » لأن من وظائف بيت المال في نظام الإسلام أن يتحمل حاجة المحتاجين ويقوم بالأنفاق عليهم كما في اللقيط وقد قدمنا حكمه في مجله .

---

(١) نكح الزليعي في تبين الحقائق ج ٣ ص ٦٢ عن الحاربي وارتضاه واختاره غيره كذلك  
(٢) الروضة البهية ج ٥ ص ٢٧٦ . بل أكثر من ذلك أنهم قرروا أن من وجبت له النفقة لو حصل على نفقة يوم أو أكثر بطريق الدعوة إلى رغبة أو هممية أو من الزكاة يسقط حقه في النفقة بقدر ما حصل له حتى ولو كان الحاكم أمر بها أو باستدانتها  
فهو الإمام جعفر ج ٥ ص ٣٣١ .

يقول الكاساني في بدائعه بصدده أموال بيت المال ومصارفها : « وأما النوع الرابع فيصرف إلى دواء الفقراء والمرضى وعلاجهم وإلى أكفان الموتى الذين لا مال لهم وإلى نفقة اللقيط وعقل جنائته وإلى نفقة من هو عاجز عن الكسب وليس له من تجب عليه نفقته ونحو ذلك ، وعلى الأمام صرف هذه الحقوق إلى مستحقيها » اهـ .

هذا والأقارب أنواع ثلاثة : أصول وفروع وحواشي ؛ وقد يوجد المحتاج منها نوع واحد ، وقد يوجد له أكثر من نوع ، وسنتكلم عليها منفردة ومجموعة في الفصول الآتية .



# الفصل الأول

## في نفقة الفروع على الأصول

المراد بالفروع هم الأولاد وأولاد الأولاد وإن نزلوا ذكوراً كانوا أو أُنثى .

إذا كان للولد مال وجبت نفقته في ماله ولو كان صغيراً ، وإذا لم يكن له مال وكان قادراً على الكسب ولم يمنعه مانع منه وجب عليه السعي ليحصل على نفقته ، ولا تجب له نفقة على غيره أباً كان أو غير أب ، أما إذا لم يكن له مال وكان عاجزاً عن الكسب لسبب من الأسباب كالصغر ، أو لكونه أثنى ولو كبيرة قادرة على الكسب ولكنها لا تكسب بالفعل ، أو لكونه مريضاً مرضاً يمنعه من العمل كالعمى والشلل ، أو لكونه مجنوناً أو ممتوها ، أو لعدم تيسر الكسب لبطالة عامة .

ففي هذه الحالات تجب له النفقة على غيره ، فوجوب النفقة له مشروط بحاجته التي تتحقق بالألا يكون له مال بحيث تحل له الصدقة ، أو بمعجزه عن التكسب عند الحنفية والمطرية<sup>(١)</sup> في أظهر القولين عندم ؛ فلو كان له مال لا يكفي حاجاته الضرورية أو كان كسبه لا يكفيه وجب على الأب أن يكمل

(١) المختصر للنافع ص ١١٩ .

له ما يكفي حاجته <sup>(١)</sup> وكذلك إذا كان له مال غائب لا تصل يده إليه ، كما إذا ورث مالا ولم يتسلمه بعد فعل الأب أو من يليه من أصوله أن ينفق عليه من مال نفسه حتى يتسلم ماله ، وله أن يرجع بما أنفق عليه ، إذا كان الاتفاق بأذن القاضي أو كان بغير إذن . لكنه أشهد للتأكد الاتفاق أنه ينفق لباخذة من ماله عند تسلمه ، وفي غير هاتين الحالتين لا يرجع عليه بشيء قضاء ، لأنه يكون متبرعا وله الرجوع ديانة إذا كان نوى ذلك ، يستوى في ذلك الصغير والكبير العاجز والذكر والأنثى .

وإذا امتنع الولد القادر على الكسب عنه فهل يملك الأب إجباره عليه ؟

إذا كان أنثى فليس لأبيها جبرها على العمل لأن الشأن فيها ألا تتمسل ، وتكون نفقتها على أبيها حتى تترج فتكون نفقتها على زوجها ، فإن انتهت زوجيتها لأي سبب عادت نفقتها إلى من كانت عليه قبل زواجها .

أما الذكر فيعتبر غير محتاج بقدرته على الكسب لأنه بهذه القدرة يعتبر غنياً لأمكانه الاستغناء بها ولأبيه أو غيره إجباره على العمل ، ولا يستثنى من ذلك إلا طالب العلم فإنه لا يجبر على التكسب حتى لا يشغله عن طلب العلم ، وتجب له النفقة ما دام جاداً في طلبه ناجحاً فيه ، أما إذا كان غير ذلك فلا تجب له نفقة على غيره <sup>(٢)</sup>

---

(١) رد المختار ج ٢ ص ٦٧٢

(٢) وجوب النفقة لطالب العلم كان هو الحكم المقرر في المذهب الحنفي ، ثم أفتوا بمسدم الوجوب لما فسدت أحوال أكثرهم ، ثم جد بعد ما يوجب الرجوع إلى القول بالوجوب . د فتنة التتار وقتلهم أكثر العلماء لتلا يضيع العلم ، وإليك ما نقله ابن عابدين في رد المختار ج ٥ ص ٧٢٠ عن صاحب الفقيه : « السلف قالوا بوجوب نفقته لكن أفتى أبو حامد بعدمه لفساد أحوال أكثرهم ومن كان بخلافهم نادر في هذا الزمان فلا يفرد بالحكم دفعا لخرج التمييز بين الصالح والمفسد قال : لكن بعد الفتنة العامة ( يعني فتنة التتار ) التي نعب بها أكثر العلماء والمتعلمين »

والمراد بالنفقة الواجبة هي كل ما يحتاج إليه الشخص من طعام وكسوة وسكنى وأجرة خادم إذا كان محتاجاً إليه لصفره أو لمجزه ، أما نفقة زوجة الأبن المستحق للنفقة فلا تجب على أبيه ولا على غيره من الأصول باتفاق الحنفية والجمهور ، وإنما يقضي لها بالنفقة على زوجها ، وبأذن لها القاضي بالاستدانة عليه إذا طلبت ذلك ، ويؤمر من تجب نفقتها عليه بالانفاق ويرجع بها على الزوج إذا أيسر .

وهنا يذكر فقهاء الحنفية مسألة ما إذا كان الشخص يملك منزلاً للسكنى وليس له سواء فهل تجب له النفقة على غيره أو لا تجب ، ويذكرون في ذلك روايتين في المذهب

الأولى : لا تجب له النفقة لأنه لا يعتبر محتاجاً إليها من الفير حيث يستطيع بيعه ويسكن بالأجر أو يبيع جزءاً منه إن كان فسيحاً ينفق من ثمنه ويسكن باقية .

والثانية : أنه تجب النفقة على قريبه ولا يجبر على بيعه أو بيع جزء منه ، وعللوا ذلك . بأن بيع المنزل لا يحصل إلا نادراً ، ولا يمكن لكل أحد أن يسكن بالأجر أو المنزل المشترك ، وقد اختار هذه الرواية الكاساني في بدائمه<sup>(١)</sup> ، ووصفها بأنها الصواب مستنداً إلى أنه محل له الصدقة ولا يؤمر ببيع المنزل ، ولكن صاحب النخيرة قال : إن الرواية الأولى هي الصحيح من المذهب<sup>(٢)</sup>

---

نرى أن طلبة العلم ينهمر الاشتغال بالتكسب عن التحصيل ويؤدي إلى ضياع العلم فكان اختار الآن قول السلف ، وهفوات البعض لا تنفع الوجوب كالآلاد والأقارب ، وأقره في البحر وقال : وأقول الحق الذي تقبله الطبائع المستقيمة ولا تنفر منه الأنواع السليمة القول بوجوبها لذي رشه لا غير ولا حرج في التمييز بين المصلح والمفسد لظهور مسالك الاستقامة وتمييزه عن غيره .

(١) ج ٤ ص ٣٤ .

(٢) منحة الخائف على البحر الرائق ج ٥ ص ٢٢٨ .

وهذا أوجه لأن النفقة للقريب لا تجب إلا عند الحاجة ، والحاجة مندفعة بملكه هذا لأنه لا يمتنع معها محتاجاً ، أما ما قيل : بأن بيع المنزل لا يحصل إلا نادراً ، فلو سلم ذلك في زمنهم فغير منم في زماننا . ولعل التطور في المنازل ينفي ذلك ، وحل الصدقة له - إن جاز - لا يسوغ وجوب النفقة له على الغير ، لأن حل الصدقة لشخص لا يتنافى مع ملكية الشخص لما لا يصير به غنياً (١) ، أما وجوب النفقة فيقوم على حاجة من وجبت له التي ينافيها ملك المنزل

ولا يشترط في نفقة الفرع اتحاد الدين بينه وبين الأصل الذي وجبت عليه ، لأن النصوص الموجبة لها مطلقة في ذلك ، ولأن وجوب النفقة هنا بسبب الجزئية وهي ثابتة مع اختلاف الدين .

هذا ما يعتد به في جانب الفرع لتجب له النفقة .

أما الأصل الذي تجب عليه فيشترط فيه أن يكون قادراً على الاتفاق إما بيساره أو بقدرته على الكسب وإن لم يكن له مال .

ثم إن نفقة الأولاد تجب على أبيهم لا يشاركه أحد فيها باتفاق الحنفية

(١) فقهاء الحنفية يقررون أن الفنى واليسار ثلاثة أنواع :

١ - غنى تجب معه الزكاة . وهو أن يملك الإنسان ما لا نائياً تجب فيه الزكاة كمشرين مثقالاً من الذهب أو مائتي درهم من الفضة فاضلاً عن نفقته ونفقة من يعولهم وحوائجه الضرورية .  
٢ - غنى لا تحمل معه الصدقة . وهو أن يملك من الأموال والأشياء ما يزيد عن حوائجه الضرورية مما يقوم بمائتي درهم من الفضة أو بمشرين مثقالاً من الذهب فهذا نصاب غير تام ومالكة تحرم عليه الصدقة ولا تجب عليه الزكاة وتجب عليه صدقة للقطر .

٣ - غنى يجرم عليه السؤال . وهو أن يملك قوت يومه وما يستلزم به عورته . فمثل هذا يجرم عليه السؤال . ولكن لا يجرم عليه أخذ الصدقة ولا يجرم دفعها إليه من غير سؤال :  
تحفة الفقهاء لملاء الدين للسمرقندي ج ١ ص ٤٦٧ .

وتطبيقاً لهذا نجد أن المنزل للملوك إذا بيع كفى ثمنه صاحبه حاجاته الضرورية ويبقى معه ما يملكه غنياً تحرم عليه الصدقة .



والجعفرية في جميع الحالات لأن الاتفاق عليهم كالإتفاق على نفسه لأنهم جزء منه باستثناء حالة واحدة عند الجعفرية وهي ما إذا كان للولد المحتاج أب وابن موسر فإن نفقته عليها بالتساوي لتساويها في المرتبة إليه والبنت كالابن<sup>(١)</sup>.

فإذا كان الأب موسراً أو قادراً على الكسب وطرق الكسب ميسرة له وجبت عليه النفقة بلا خلاف، فإن امتنع عن الاتفاق أو عن العمل أجبر على ذلك بما يراه القاضي زاجراً له ولو لم يجد وسيلة زاجرة غير الحبس حكم بحبسه كما يبناه من قبل . باتفاق الحنفية والجعفرية<sup>(٢)</sup>.

فإذا لم يكن له مال وكان قادراً على الكسب وطرق الكسب غير ميسرة فالجعفرية وبعض الحنفية يعتبرونه في حكم الميت ، وينتقل وجوب النفقة إلى من يليه في ذلك من الأصول الأخرى ، فالأيسر الأب بعد ذلك لا يرجع من أنفق بما أنفقه على الأب ، لأنه لم يكن الاتفاق واجباً عليه في تلك الفترة .

والقول الآخر للحنفية - وهو الراجح عندهم - أنه بمقدم قيس طرق الكسب لا ينتقل الوجوب إلى غير الأب ، بل يبقى الوجوب عليه ولكنه لا يكلف بالإداء ، بل تكلف الأم بالاتفاق إن كان عندها مال ويكون ما تنفقه ديناً على الأب ترجع به عليه إذا أيسر ، فإن لم يكن لها مال كلف جده إن كان موجوداً بذلك ليرجع على الأب كذلك ، فإن لم يكن له جد موسر تولى الاتفاق من تجب عليه النفقة بعده وهكذا .

---

(١) الروضة البهية ج ٥ ص ٧٩ ، أما إذا كان للعاجز أم وولد فهل يشتركان كما في الأب والأبن وجهان قيل : نعم لأنها سواء في المرتبة ، وقيل : تجب على الأب وحده لتقدمه على الجد ، والجد مقدم على الأم ، وإن اجتمع الأب والأم والأبوين والبنت فعلى الأب والأبن والبنت فقط بالسوية .

(٢) الروضة البهية ج ٥ ص ٨١ ونقاه الأمام جعفر ج ٥ ص ٣٣٢ .

ووجهتهم في ذلك أن الأب بقدرته على الكسب يعتبر غنيا بهذه القدرة ،  
وعدم تيسر الكسب لعارض لا يجعله في حكم المعدوم .

أما إذا كان غير قادر على الكسب لمرض مزمن أو شيخوخة ونحوهما اعتبر  
في حكم الميت وانتقل الوجوب إلى من يليه من الأصول ذكراً كان الأصل أو  
أنثى ، وكذلك إذا كان الأب غير موجود بالاتفاق .

وإذا انتقل وجوب نفقة الفرع إلى غير الأب من الأصول تتنوع الحالات  
فقد يكون له أصل واحد ، وقد يكون له أكثر من أصل .

فإن لم يكن إلا أصل واحد سواء كان من جهة الأب أو الأم <sup>(١)</sup> وجبت  
عليه النفقة وحده متى توفر شرط القدرة السابق ، لأنه تمين للوجوب عليه .

وإن كان له أكثر من أصل وكانوا موسرين فالحكم يختلف تبعاً لكونهم  
كلهم وارثين أو غير وارثين أو كان بعضهم وارثاً دون البعض الآخر . فهذه  
ثلاث حالات .

الأولى : إذا كانوا كلهم وارثين لذلك الذي وجبت له النفقة عليهم ، وفيها  
تجب النفقة عليهم جميعاً بنسبة أنصابتهم في الميراث دون نظر إلى تفاوت درجاتهم  
في القرابة .

فإن كان له أم وجد لأب في الدرجة الأولى أو الثانية فالنفقة عليها أثلاثاً  
على الأم ثلثها ، وعلى الجد الثلثان ، لأن الميراث يقسم بينها كذلك

وإن كان له جدة لأم وجد لأب كان على الجدة السدس والباقي على الجد ،

---

(١) يقول السرخسي في البسوط ج ٥ ص ٢٢٤ بعد بيان جبر الرجل على النفقة « وكذلك  
المرأة الوسرة تجبر على ما يجبر عليه الرجل من نفقة الأقارب لأن هذا الاستحقاق بطريق الصلة  
فيستوي فيه الرجال والنساء » .

وكذلك لو كان مكان الجدة جدتان في درجة واحدة لأن نصيب الجدة من الميراث هو السدس واحدة أو أكثر يقسم بينها بالتساوي .

الثانية : إذا كانوا كلهم غير وارثين وكانوا جميعاً من ذوي الأرحام فإن اتحدوا في الدرجة بأن كانوا جميعاً في الدرجة الثالثة كما لو كان له أبو أبي الأم ، وأم أبي الأم وجبت النفقة عليها بالتساوي .

وإن اختلف درجاتهم كانت النفقة على أقربهم ، فلو كان له أبو أم وأبو أم أب كانت النفقة على أبي الأم لقرب درجته .

الثالثة : إذا كان بعضهم وارثاً والبعض غير وارث فإن تساوت درجة قرابتهم من الولد كانت النفقة على الوارث منهم ، لأنهم تساوا في القرب فيرجح بالأثر .

فلو كان له أبو أم وأبو أم أب كانت النفقة على الوارث وهو أبو الأب ، لأن أبا الأم من ذوي الأرحام ولا ميراث له مع وجود العاصب وهو أبو الأب <sup>(١)</sup> ، ولو كان له أبو أم وأم أم فالنفقة على أم الأم لأنها الوارثة .

وإن اختلفت درجة قرابتهم كانت النفقة على أقربهم وإن لم يكن وارثاً ، فلو كان للولد أبو أم وأبو أبي أم وجبت النفقة على أبي الأم لقرب درجته وإن لم يكن وارثاً ولا نفقة على أبي أبي الأب وإن كان وارثاً لبعد درجته في القرابة .

وقد عللوا ذلك بأن السبب في وجوب النفقة للفرع على أصله هو أن الفرع

---

(١) في هذه الصورة لو كان أبو الأب مخالفاً في الدين للولد كان غير وارث . ووجبت النفقة على أبي الأم لأنه الوارث في هذه الحالة .

جزء لأصله ، وكلما قربت درجة القرابة قويت الجزئية فيرجح الأقرب المرجحان  
سبب وجوب النفقة عليه .

لكن هذه العلة وإن كانت مقبولة في حالة ما إذا كانوا غير وارثين فهي غير  
مقبولة فيما إذا كان البعيد وارثاً والقريب غير وارث ، ولأنهم أهلها في حالة  
ما إذا كانوا كلهم وارثين واعتبروا الميراث فقط وما أوقعهم في ذلك إلا  
اضطرابهم في الترتيب ، فتارة يرجحون بالأرث فيما إذا كان بعضهم وارثاً  
والآخر غير وارث ، وتارة يرجحون بالميراث عند اتحاد الدرجة .

وإذا كانت نفقة الفروع في أساسها لم يلاحظ فيها الميراث لأنه لا يشترط  
فيها اتحاد الدين فحينئذ الأوفق أن يدور وجوب النفقة على القرب فقط بصرف  
النظر عن الميراث .

وكان هذا الاضطراب غرابة في التطبيق في بعض الصور ، فقد قدمنا في  
الحالة الأولى أنه لو كان للولد أم أم وأبو أبي أب كانت النفقة عليها لكونها  
وارثين ، فلو كان مكان أم الأم أبو الأم كانت النفقة على أبي الأم وحده وهو غير  
وارث ولا شيء على أبي أبي الأب وهو الوارث الوحيد ، فأبو الأم وأم الأم  
في درجة واحدة ، وأبو أبي الأب أبعد منهما وهو وارث ، فإذا وجد مع أم  
الأم الوارثة اشترك معها في النفقة ، وإذا وجد مع أبي الأم لا يتحمل شيئاً من  
النفقة مع أنه الوارث والآخر غير وارث فأبي منطق يستسيغ هذا ؟ ! .

ولا غلص من هذا إلا أن نعتبر في الحالة الأولى النفقة على الأقرب درجة  
واحداً أو أكثر حسب أنصابتهم فتكون النفقة في المسألة السابقة على أم الأم  
وحدها وكذلك أبو الأم .

فلو كانوا قرروا في الحالة الأولى وهي ما إذا كانوا كلهم وارثين أن النفقة على  
الأقرب واحداً أو أكثر لاستقام الأمر ولما وجدت هذه الغرائب ، ولصار الحكم  
في الحالات الثلاث كلها على نسق واحد ولا يعكر عليه الترتيب بالأرث في الحالة

الثالثة وهي ما إذا كان بمضهم وارثاً والبعض غير وارث وتساوت درجاتهم لأنه متفق مع السبب العام وهو الجزئية وجعل الأثر مرجحاً فقط .

أما الجعفرية : فيذهبون إلى أن الأب إذا كان معسراً فلا نفقة عليه وجعل في حكم المعدم وانتقل الوجوب إلى أبي الأب ، فإن لم يكن موجوداً أو كان معسراً انتقل الوجوب إلى الجد الأعلى منه وهكذا ، فإن لم يوجد من هؤلاء الأجداد لأب أحد أو كانوا في حكم المعدمين فالنفقة على الأم ، فإن لم تكن أو كانت معسرة انتقل الوجوب إلى أجدادها وجداتها وإن علوا الأقرب فالأقرب لا فرق بين الذكر والأنثى ، وإذا وجد أكثر من واحد في درجة واحدة كانت النفقة عليهم بالتساوي لا فرق بين الذكر والأنثى دون نظر إلى جهة الأثر ، وأم الأب بحكم أم الأم وأبيها ، وكذا أم الجد لأب مع أبي الجد والجددة لأم وكذا يتساوى الفتي فعلاً وقوة بالقدرة على الاكتساب<sup>(١)</sup>

---

(١) الروضة البهية شرح الفقه الممتع ج ٥ ص ٤٧٧ .



## الفصل الثاني

### في نفقة الأصول على الفروع

يراد بالأصول هنا الأب والأم والأجداد والجندات من جهتي الأب والأم  
مهما علوا .

تجب نفقة الأصل على الفرع إذا كان الأصل فقيراً لا مال له ولو كان قادراً  
على الكسب ، لأن الله أمر بالأحسان إلى الوالدين ، وهما يشملان كل الأصول في  
غير آية ، كما أمر بمصاحبتها في الدنيا بالمعروف وإن كانا كافرين ، وليس من  
الأحسان ولا المصاحبة بالمعروف أن يكلفا بالسمي على الميثيق بعد أن تقدمت بهما  
السن ولولدهما ينعم بالمال ، بل هو إيذاء لها ، ولا يتفق مع قوله تعالى : « إما يبلغن عندك  
الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما ( وقل لهما قولاً كريماً واخفض لهما  
جناح الذل من الرحمة ، وقل رب ارحهما كما ربياني صغيراً ) .

وفي هذا يقول الكاساني في بدائمه <sup>(١)</sup> « لو كان الشخص صحيحاً مكتسباً  
لا يقضي له بالنفقة على غيره وإن كان معسراً إلا الأب خاصة والجد عند عدمه  
فإنه يقضي بنفقة الأب وإن كان قادراً على الكسب بعد أن كان معسراً على  
ولده الموسر ، وكذا نفقة الجد على ولد ولده إذا عدم الأب » .

---

(١) ج ٤ ص ٣٥ .

ومن قبله يقول السرخسي<sup>(١)</sup> « لا يحبر الموسر على نفقة المصّر من قرابته إذا كان صحيحاً وإن كان لا يقدر على الكسب لأن الصحيح الذي لا زمانة به لا يمجز عن كسب القوت عادة إلا في الرالدين خاصة وفي الجد أبى الأب إذا مات الأب فإنه يحبر الولد على نفقته وإن كان صحيحاً لدفع الأذى الذي يلحقه بالكند والتعب » .

ويشترط في الفرع الذي تجب عليه النفقة أن يكون قادراً على الكسب ولو لم يكن موسراً ، فمتى كان الفرع عنده قدرة على الكسب والأصل فقير لا مال له وجبت النفقة على الفرع لأصله ، وطولب بالسعي ليوفي بتلك النفقة ، فإن امتنع عن العمل أجبر على ذلك ، يستوي في ذلك اتفاقهما في الدين واختلافهما فيه ، لأن نفقة الأصل وجبت على فرعه بحق الولادة التي تتحقق بها الجزئية بين الولد وأبيه .

وتجب على الفرع إذا كان واحداً ، وعند التمدد تجب على الأقرب ، فإن تعددوا وكانت درجاتهم واحدة وجبت عليهم بالتساوي لا فرق بين الذكر والأنثى ، ولا بين الموافق في الدين والمخالف فيه ، ولا بين واسع اليسار وقليله<sup>(٢)</sup> .

فلو كان للأصل بنت وولد وجبت عليهما مناصفة على الرأي الراجح ، لأن النفقة وجبت بسبب الجزئية وهما فيه سواء ، ولو كان له ابنان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم وجبت عليهما مناصفة وإن كان أحدهما وارث والآخر غير وارث .

(٣) البسوط ج ٥ ص ٢٢٨ .

(١) وفي قول آخر يعتبر هذا الفرق إذا كان الفارق بينهما كبيراً ، وفي قول للأكية للشمه عندهم أنه لكسب النفقة حسب اليسار في كل حال .



وكذلك لو كان له ابن ابن وبنت بنت وجبت عليها بالتساوي .

وان اختلف درجاتهم كانت النفقة على الأقرب دون الأبعد وإن كان الميراث للأبعد ، فمن له بنت بنت وابن ابن كانت النفقة على بنت بنته وحدها . ، وكذلك لو كان له ابن غير مسلم وابن ابن مسلم وجبت النفقة على الأول لقرب درجته .

ومن هذا قرئ أن مسلك الحنفية هنا سليم لا اضطراب في تطبيقه ، لأنهم اعتبروا درجة القرابة وحدها دون اعتبار للأثر وعده ، وهو الذي يتفق مع الأصل الذي يقوم عليه وجوب النفقة وهو الجزئية بينما اضطربوا هناك في نفقة الفروع على الأصول فاعتبروا مرة الأثر ومرة القرب فاضطرب التطبيق .

والمراد بالنفقة هنا الكفاية من الطعام والكسوة والسكنى ، ولو احتاج الأصل إلى خادم لزم ، وكذلك لو كان محتاجاً لزوجه ، ولا يستطيع الاستغناء عنها لكبر سنه أو لمجازه بسبب المرض لزم ابنه نفقة الزوجة ، لأنها من تحمّل النفقة سواء كانت الزوجة أمماً للأبن أو غير أمه .

أما إذا لم يكن الأب محتاجاً إليها ففي المذهب روايتان أرجحهما أنه لا تجب عليه نفقتها ، وهذا تقول الجعفرية .

طريقة الأنفاق : إذا كان الولد الذي وجبت عليه النفقة موسراً له مال فأنض عن حوائجه وجبت عليه النفقة لأبويه بالطريقة التي يختارها الأبوان ، فإن طلبا أخذ نفقة ليمشيا وحدهما أحببا إلى طلبهما ، وكذلك إذا لم يكن له مال ولكنه يتكسب وكسبه يزيد عن حاجته بما يفي بحاجة والديه فإن امتنع أجبر على ذلك حتى لو كان الأب قادراً على الكسب وطرقه ميسرة له لما قلنا سابقاً .

فإن كان ما يفضل عن حاجته لا يكفي إلا أحدهما فالأم أحق به منس . الأب إن لم تكن متزوجة بغير أبيه في قول عند الحنفية ، ورؤيد ذلك حديث

البر السابق فإن رسول الله ﷺ قدم بر الأم على بر الأب بل وأكد ذلك ، والألفاظ عليها نوع من البر فتقدم على الأب ، وقيل يقسم هذا القدر بينهما .

والجعفرية يقررون أن الأب إذا كان قادراً على الكسب لا نفقة له على ابنه ، لأنهم يشترطون فيمن تجب له النفقة عموماً أن يكون عاجزاً عن الكسب ، وفي هذه الحالة يكون الفائض للأم ، فإن كان الأب عاجزاً عن الكسب يعطي هذا القدر لهما إن أمكن انتفاعهما به وإلا أقرع بينهما .

فإن كان كسب الفرع لا يزيد عن حاجته لا تجب عليه نفقة لأحد من الأصول ، لأن شرط وجوبها أن يفضل ماله عن قوته وقوت زوجته اليوم الحاضر وليته ، لأنها مواساة وهو ليس من أهلها <sup>(١)</sup> .

أما الحنفية . فيقررون أنه لا تفرض للأصل نفقة خاصة وإنما يجب عليه في هذه الحالة إذا كان له أولاد أن يضم أصله أياً أو أمماً إليه ليعيش معه ومع أولاده ، والمقاسمة في الطعام لا يترتب عليها ضرر كبير ، فإن طعام الاثنين يكفي الثلاثة ، وطعام الثلاثة يكفي الأربعة .

فقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : « لو أصاب الناس السنة <sup>(٢)</sup> لأدخلت على أهل كل بيت مثلهم فإن الناس لم يهلكوا على أنصاف بطونهم »

فإن لم يكن له أولاد وكان يعيش وحده فإنه يجب عليه ضم أبيه إليه إن كان عاجزاً عن الكسب لأي سبب ، لأنه ليس من المروءة أن يترك أباه العاجز يموت جوعاً أو يسأل الناس وهو يعيش في كفاية وكذلك أمه ولو كانت قادرة على الكسب ، لأن الأئمة في ذاتها عجز حكيمي كما قدمنا .

(١) الفروضة البيهية ج ٥ ص ٤٧٣ ، فقه الإمام جعفر ج ٥ ص ٣٤٦

(٢) السنة : الشدة والجحاعة

أما إذا كان أبوه قادراً على الكسب فلا يجب عليه ضمه ولا يجوز على ذلك قضاء ، لأن ضمه إليه على الدوام يؤدي إلى عجزه عن الكسب حيث يضيع بمرور الأيام لعدم تكامل غذائه ، وربما أدى ذلك إلى هلاكها معاً ، ورسول الله ﷺ يقول : « أبدأ بنفسك ثم بمن تعول » .

والأصل أن كل قادر على العمل يجب عليه السعي لئلا يأكل من كسب يده ، استثنى منه حالة ما إذا كان للولد فضل كسب فإنه يصرفه إلى أبيه ليوفر له الراحة ويرحمه من الكد وعناء العمل في أخريات حياته لأنه مقتضى الأحرسان للأمور به .

أما حالة عجز الأب عن العمل ولا فضل لولده من كسبه فهي حالة ضرورة وهي تقدر بقدرها وعلى الولد فيها أن يضاعف جهده في العمل ليزيد كسبه



## الفصل الثالث

### في نفقة الحواشي وهم الأقارب غير الأصول والفروع

أقدمنا أن القرابة الموجبة للنفقة عند الحنفية هي القرابة المحرمة دون نظر للاتحاد في الدين بين الأصول والفروع ، أما غيرهم فلا بد من ذلك لتحقيق فيهم أهلية الأثر .

وعلى هذا يكون المراد بالحواشي هنا الأقارب من غير الأصول والفروع قرابة نسبية محرمة أي يحرم فيها على القريب أن يتزوج قريبة لو افترضنا أحدهما ذكراً والآخر أنثى كالأخوة والأخوات وأولادهم ، والأعمام والعمات والأخوال والخاللات ، فهؤلاء تجب لهم النفقة إن كانوا أهلاً للأثر وإن لم يكونوا وارثين بالفعل لقوله جل شأنه « وعلى الوارث مثل ذلك » .

فالموجب للنفقة القرابة النسبية المحرمة مع أهلية القريب للأثر في الحمة .

فإذا كانت قرابة غير نسبية كالأخوة من الرضاع ، أو كانت نسبية ولكنها غير محرمة كأولاد الأعمام والعمات ، وأولاد الأخوال والخاللات ، أو كانت

نسبية محرمة ولكن صاحبها ليس أهلاً للميراث . كالأخوة المخالفين في الدين<sup>(١)</sup>  
فإن هذه الأصناف لا تجب لها النفقة لعدم توافر الصفات الموجبة لها . وقد قدمنا  
الأدلة على ذلك .

ويشترط لوجوب نفقة هؤلاء الأقارب من ذوي الأرحام المحارم .

١ - أن يكون من تجب له النفقة ومن تجب عليه متعدين في الدين لأن  
سبب وجوب النفقة هؤلاء هو القرابة المحرمة مع استحقاق الأثر في الجملة ،  
ولا توارث بين المختلفين في الدين .<sup>(٢)</sup>

٢ - أن يكون من تجب له النفقة فقيراً عاجزاً عن الكسب لسبب من  
الأسباب كالصغر والأنوثة والمرض المزمن وغيرها ، فلو كان قادراً على الكسب  
وإن لم يكن له مال لا تجب له نفقة على غيره ، لأن القدرة على الكسب  
غنى .

٣ - أن يكون من تجب عليه النفقة موسراً ، لأن النفقة على ذي الرحم  
المحرم صلة وهي لا تجب إلا على الأغنياء .  
ويتحقق اليسار الموجب للنفقة عند أبي يوسف بملك نصاب الزكاة زائداً عن  
حوائجه الأصلية لأنه يعتبر غنياً بهذا والنفقة صلة لا تجب إلا على الأغنياء .

وفرق محمد بن الحسن بين صاحب الفلة ( المورد الثابت ) وبين صاحب الحرفة ،  
فقدّر يسار الأول بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله لمدة شهر لينفق منه على قريبه ،  
فإن لم يفضل منه هذا التقدر لا تجب عليه نفقة ، وقدّر يسار الثاني بما يفضل

---

(١) وكذلك الغريب النسبي المحرم الذي جاءت حرمة بسبب غير القرابة كبت المرأة  
التي وضعت مع ابن خالها من امرأة واحدة فهذا وإن حرم عليه تزوجها لكن الحرمة جاءت  
من طريق الرضاع لا من قبل القرابة النسبية .

عن نفقته ونفقة عياله من كسبه اليومي ، لأن النفقة وجبت لدفع الهلاك عن  
القريب فيجب على من قدر على ذلك ، والذي يزيد كسبه عن حوائجه وحوائج  
عياله يعتبر قادراً على دفع الهلاك عن قريبه .

وقد اختار رأي محمد الكمال بن المهام وغيره ، وقال عنه صاحب البدائع: (١)  
إنه الأوفق ، لأنه إذا كان له كسب دائم وهو غير محتاج إلى جميعه فإذا على  
كفايته يجب صرفه إلى أقاربه كفضل ماله إذا كان له مال وهو الأوفق لزمنا ،  
لأن ملك نصاب الزكاة لا يعتبر غنى يوجب الانفاق على الغير لأن النفقة  
متجددة ، فماذا يغني النصاب الذي قد يستهلك في شهر ويصبح صاحبه فقيراً  
بعد أن كان غنياً بخلاف الفائض اليومي .

هذا ويشترط لوجوب أدائها قضاء القاضي بها أو التراضي عليها ، ولهذا  
لو ظفر الفقير من هؤلاء بما هو من جنس النفقة من مال قريبه ليس له أن يأخذه  
قبل القضاء أو التراضي بخلاف نفقة الأصول والفروع مما قد يستأجر عند عرض  
أصول النفقات .

فإذا توافرت هذه الشروط وجبت النفقة ، وسينظر إن لم يكن للفقير المحتاج  
إلا قريب واحد قادر عليها وجبت عليه وحده ، وإن كان له أكثر من قريب  
قادر على الاتفاق ، فلما أن يكونوا كلهم من ذوي الأرحام أولاً بأن يكون  
بعضهم محرماً والآخر غير محرر .

فإن كان فيهم غير محرر فالنفقة على القريب المحرم ما دام أهلاً للأثر في  
الجملة وإن كان الآخر هو الوارث بالفعل . كما لو كان للمحتاج خال وابن عم  
فالنفقة على الخال وحده لكونه من ذوي الأرحام ، ولا تجب على ابن العم وإن

كان هو الوارث بالفعل لأنه غير محرم .

وإن كانوا كلهم من ذوي الأرحام ولهم أهلية الإرث . فإن كانوا كلهم وارثين بالفعل وجبت عليهم النفقة على حسب أنصبتهم في الميراث ، وإن كان بعضهم وارثاً بالفعل والآخر محجوباً عنه وجبت على الوارث بالفعل واحداً كان أو أكثر حسب أنصبتهم .

فمن كان له أخ شقيق وأخوان أم كانت النفقة عليهم بنسبة أنصبتهم على الأخ الشقيق الثلثان ، وعلى الأخوين أم الثلث مناصفة .

ولو كان له أخت شقيقة وعم وأخت أم فعلى الشقيقة النصف وعلى الأخت أم السدس وعلى العم الثلث لأن نصيب الشقيقة في الميراث النصف فرضاً ، والأخت أم السدس فرضاً ، والعم الباقي بالتعصيب وهو الثلث ولو كان له أخت شقيقة وأخت لأب وأخت أم وزعت النفقة عليهم حسب أنصبتهم في الميراث ، فعلى الشقيقة ثلاثة أخماسها وعلى كل من الآخرين خمسا . وذلك لأن نصيب الشقيقة بالفرض نصف التركة  $\frac{3}{4}$  ، والأخت لأب سدسها تكمة للثلثين

$\frac{1}{6}$  ، ونصيب الأخت أم السدس فرضاً  $\frac{1}{6}$  فالمسألة من  $\frac{1}{6}$  فيبقى منها سهم يرد عليهم بقدر أنصبتهم التي هي  $\frac{1}{6}$  ،  $\frac{1}{6}$  ،  $\frac{1}{6}$  ..

وإذا كان له أخ شقيق وأخ لأب وأخ أم كانت النفقة على الشقيق والأخ أم . سدسها على الأخ أم ، لأن نصيبه في الميراث السدس ، وخمسة أسداسها على الشقيق ، لأنه عاصب يأخذ الباقي ، ولا شيء على الأخ لأب لأنه لا يرث لحجبه بالأخ الشقيق .

وإذا كان له خال وعم كانت النفقة على العم وحده لأنه الوارث ، ولا شيء



على الحال لأنه من ذوي الأرحام وهم لا يرثون مع وجود العاصب (١) .

هذا إذا كان كل المحارم موسرين ، فإن كان بعضهم معسراً لا تجب عليه نفقة لعدم توفر شرط وجوبها وتجب على الباقي بنسبة أنصابتهم في الميراث ، وتحت ذلك صورتان .

الأولى ، أن يكون ذلك المعسر يحوز كل التركة عند اجتماعه مع الآخرين ، والثانية : أن يكون صاحب نصيب فيها فقط .

وفي الصورة الأولى نفترضه معدوماً ، ونعتبر الموسرين هم الورثة ونقسم التركة عليهم ، وبعد معرفة نصيب كل منهم نقسم نفقة المحتاج عليهم بقدر أنصابتهم ، فإذا كان للقريب المحتاج هم معسر ، وعمه وخالة موسرتان ، فالعم هنا الوارث يأخذ كل التركة لأنه عاصب ، والعمه والخالة من ذوي الأرحام لا ميراث لهما مع العاصب ، فنفترض العم غير موجود ، فتكون العمه والخالة وارثتين ، فنقسم التركة عليهما أثلاثاً للعمه الثلثان لأنها من أقارب الأب ، وللخالة الثلث لأنها من أقارب الأم ، فنقسم النفقة عليهما أثلاثاً على العمه الثلثان ، وعلى الخالة الثلث ، وكذلك لو كان مكان الخالة خال كان عليه ثلث النفقة ، لأن نصيبه في الميراث هنا الثلث .

وفي الصورة الثانية : نقسم التركة على الكل بما فيهم المعسر ليعرف نصيب كل واحد ، وبعد معرفة نصيب كل واحد من الموسرين نقسم النفقة عليهم حسب أنصابتهم .

فلو كان له أخت شقيقة معسرة وعم وأخت لأم فالتركة إذا قسمت عليهم

---

(١) وعند الجعفرية النفقة عليها بالسوية ، لأن العم عندهم ليس عاصباً ، بل هو مثل الحال يرثان عند عدم أصحاب الفروض ، وهذا على قول من يقول بوجود النفقة لغير الأصول والفروع .

كان للأخت الشقيقة النصف ، وللأخت لأم السدس ، وللمم الباقى بالتعصيب وهو الثلث والمسألة من ٦ للشقيقة منها ٣ ، وللأخ لأم ١ ، وللمم ٢ يلقى نصيب الأخت ونقسم النفقة على المم والأخت لأم أثلاثاً على المم الثلثان ، وعلى الأخت لأم الثلث .

ولو كان له أخ شقيق معسر وعم وأخت لأم فالعم هنا غير وارث بالفعل فينحصر الميراث في الأخ الشقيق والأخت لأم ، وبما أن الشقيق معسر تكون النفقة كلها على الأخت لأم وحدها<sup>٢٢</sup> .

---

(٢) راجع المبسوط ج ٥ ص ٢٢٧ وما بعدها . البدائع ج ٤ ص ٢٢

## الفصل الرابع

في ترتيب وجوب النفقة إذا اجتمع المحتاجين أكثر من نوع من أقاربه

الحالات السابقة كانت النفقة فيها واجبة على نوع واحد من الأقارب .  
أصول فقط ، أو فروع فقط أو حواشي فقط واحداً أو أكثر من كل نوع ، وقد  
يحتاج المحتاجين أقارب من نوعين أو أكثر وهي حالات أربع فقد يحتاج له  
أصول وفروع ، أو أصول وحواشي ، أو فروع وحواشي ، أو أصول  
وفروع وحواشي

والإليك بيان من تجب عليه النفقة في تلك الحالات

الحالة الأولى اجتماع الأصول والفروع .

إذا اجتمع المحتاج للنفقة أصول وفروع وتوفر فيهم شرط وجوب النفقة  
عليهم وجبت النفقة على أقربهم دون اعتبار الأثر عند اختلاف الدرجة :

فمن كان له أب وابن ابن فالنفقة على الأب ، ولو كان مكان الأب أم وجبت

النفقة عليها ، ولو كان له أب وأم وابن ابن كانت النفقة على الأب وحده لأن الأب لا يشاركه أحد في نفقة أولاده كما سبق .

ومن كان له أبو أب أو أبو أم وابن ابن ابن فالنفقة على الجد في صورتين ، وإن كان أحدهما وارثاً والآخر غير وارث ، وابن ابن الأب وارث في الحالتين .

ولا يقال : كيف تجب النفقة على أبي الأم وهو غير وارث ، لأن النفقة هنا تقوم على الجزئية والقرب وهو أقرب من ابن ابن الأب كما تقدم في نفقة الفروع على الأصول في الحالة الثالثة .

وإن تساوا في الدرجة وجبت النفقة عليهم بنسبة الميراث إلا إذا وجد دليل شرعي يرجح وجوبها على أحدهم ، فلو كان للمحتاج جد لأب وابن ابن وجبت النفقة عليها بنسبة ميراثها على الجد السدس ، وعلى ابن الأب خمسة أسداسها لاتحاد درجتها في القرابة .

ولو كان مكان ابن الأب بنت وجبت النفقة عليها وعلى الجد مناصفة لأن نصيب البنت في الميراث النصف ، ونصيب الجد السدس فرضاً والباقي تمصيباً . ولو كان له أب وابن وجبت النفقة على الأب وحده لوجود الدليل وهو أن للأب شبهة حق ومملك في مال ولده لحديث « أنت وما لك لأبيك » فيترجح وجوب النفقة عليه بهذا الدليل .

ولهذا قرر الفقهاء : إنه لا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد كما لا يشارك الأب في نفقة أولاده أحد إذا كان قادراً عليها ولو بالممل والسعي ، وكذلك لو كان مكان الأب أم فلا نفقة عليها .

وإذا كان له أبو أب وبنت بنت وجبت النفقة على الجد وحده لأنها وإن تساويا في الدرجة إلا إن أحدهما وهو الجد وارث ، والآخرى وهي بنت البنت

غير وارثة فيترجح وجوب النفقة على الجد بالميراث<sup>(١)</sup> .

ومن هذا العرض ترى أنه عند اجتماع الأصول والفروع تجب النفقة أولاً على الأب المباشر إن وجه لوجود شبهة ملك للأب في ماله ، ومثله البنت ، فإن لم يكن أبين ووجد أب وجبت النفقة عليه وحده لأنه لا يشاركه أحد في نفقة أولاده ، فإن لم يكن لا هذا ولا ذاك اعتبر قرب الدرجة بصرف النظر عن كونه وارثاً أو غير وارث ، فإن تساوا في الدرجة فالترجيح بالأثر بالفعل ، فإن كانوا وارثين كلهم وجبت عليهم بنسبة أنصبتهم .

### الحالة الثانية وهي اجتماع الأصول والخواشي .

إذا وجد للمحتاج للنفقة أقارب من الأصول والخواشي توافرت فيهم شروط وجوب النفقة عليهم ، فلما أن يكونوا وارثين أو يكون بعضهم وارثاً والآخر غير وارث .

فإن كانوا كلهم وارثين قسمت النفقة عليهم جميعاً حسب أنصبتهم في الميراث لا فرق بين أن يكون الموجود من كل نوع واحداً أو أكثر ، فمن كان له أم

---

(١) أورد على أحكام هذا النوع بأن بعض أحكامه يتعارض مع بعض أحكام اجتماع الأصول فقط فيما إذا اجتمع أم وجد لأب وابن ابن فإن مقتضى قاعدة اجتماع الأصول والفروع هنا أن تكون النفقة على الأم وحدها لأنها الأقرب ، ومقتضى قاعدة اجتماع الأصول وحدهم السابقة في الحالة الأولى منها أنه إذا اجتمع مع الأم جد لأب تكون النفقة عليهما لأنهما وارثان ، فترى من ذلك أن الأم إذا وجد معها الجد فقط شاركتها في ثلثي النفقة ، ولما وجد معها ابن ابن وهو وارث أيضاً وجبت النفقة عليها وحدها مع أن نصيبها في الحالة الأولى في التراتلث ، وفي هذه الحالة نصيبها السدس فقط وهو أمر غريب جداً . وفي رأيي أن القرابة لم تنشأ عن الطريقة في هذا القسم لأنها سليمة ومستقيمة ، وأما الطريقة هناك في هذه الحالة فهي مشالقرابة وقد سبق أن قد تناولها وبيننا أنه كان الأوفق أن تكون النفقة على الأقرب في سالة ما إذا كانوا كلهم وارثين .

وأخ شقيق أو لأب فننقته عليها أثلاثا على الأم الثلث ، وعلى الأخ الثلثان لأنه  
عاصب يأخذ الباقي بعد نصيب الأم وهو الثلث .

وإن كان مكان الأخ أخوان أو أكثر كلهم أشقاء أو لأب كان على الأم السدس  
لأن ميراثها مع الجميع من الأخوة السدس ، وعلى الأخوة الباقي بالتساوي .  
ولو كان له جدة لأم وجدة لأب وأخ لأم وأخ لأب كانت النفقة عليهم  
حسب أنصبتهم فعلى الجدتين السدس مناصفة ، وعلى الأخ لأم السدس ، وعلى  
الأخ لأب الباقي وهو الثلثان .

وإن كان أحد النوعين وارثا والآخر غير وارث : فلن اعتبار الأثر  
يلتزم وتكون النفقة على الأصول وحدهم ولو كانوا غير وارثين والحواشي  
أقرب منهم .

فمن له جد لأم وأخ شقيق أو عم كانت النفقة على الجد لأم ، لأن أحد  
النوعين وارث وهو الأخ الشقيق أو العم ، والآخر غير وارث وهو الجد لأم .

وهذا - كما ترى - أمر غريب لأن الأصل لو كان وارثا شاركه من كان من  
الحواشي في النفقة ، وإذا كان غير وارث انفرد بالنفقة ، وأغرب من هذا  
إذا كان الأصل غير وارث وهو أبعد من كان من الحواشي كما في جدة غير  
مسبوحة كأم أبي الأم ، وأخ شقيق فإن النفقة تجب على الجدة وهي أبعد من  
الأخ وغير وارثه ، ولو قارناهما المسألة بمسألة ما إذا كان مع الأخ أو العم أم فاتها  
يهتركان في النفقة لازدادت الغرابة .

ولو كان له أب وأب وعم شقيق كانت النفقة على الجد لأن أحد الصنفين  
وارث والآخر غير وارث .

وكذلك لو كان مكان العم أخ شقيق عند أبي حنيفة ، لأن الجد يجب

الأخوة وهو الراجح في المذهب الحنفي وقد كان هذا هو المعمول به في الميراث وفي النفقة قبل صدور قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .

أما بعد صدوره فقد تغير العمل وأصبح الجدد يشارك الأخوة في الميراث ، وبناء عليه تغير العمل في النفقة فصار المعمول به مذهب الصاحبين ، فتكون النفقة هنا مناصفة بين الجدد والأخ

هذا إذا كان الموجود من كل نوع واحدا . فإن وجد في كل نوع أكثر من واحد فإننا ننظر لكل نوع على حدة ونرجح من ترجحه القواعد الخاصة به ، ثم نطبق قاعدة اجتماع النوعين ونفرض النفقة على من تجب عليه .

فإذا اجتمع للمحتاج للنفقة أم وجد لأم وأخ شقيق وعم ، فإذا نظرنا للأصول نجد الأم أقرب وهي وارثة ، والجدة لأم أبعد وغير وارثة فيستبعد ، وإذا نظرنا إلى الحواشي وجدنا الأخ هو الوارث ويحجب العم فيستبعد العم كذلك وما بقي من النوعين وارث فتجب النفقة عليها بنسبة الميراث فعلى الأم الثلث ، وعلى الأخ الثلثان .

وإذا كان له أم وجد لأب وأخ شقيق فعلى رأي أبي حنيفة الذي يجب الأخوة بالجدة فتكون النفقة على الأصول وحدهم وكان مقتضى قاعدة اجتماع الأصول والحواشي وأحد النوعين وارث والآخر غير وارث أن تكون النفقة على الجد والأم أثلاثا ، غير أنه وجد هنا مانع من مشاركة الأم للجد في النفقة ، وهو أن الجدة عند حجبها للأخوة يعتبر أبا حكما فألّت المسألة إلى اجتماع الأم والأب وعند اجتماعهما تكون النفقة على الأب وحده فتكون النفقة هنا على الجد وحده (١) وهو الراجح في المذهب الحنفي ، ولو اجتمع جد لأب وجد لأم

---

(١) يقول ابن عابدين في رد المحتار ج ٧ ص ٧٣٧ : وجه ذلك أن الجد يجب الأخ لتزويده

وأخ شقيق فإن النفقة على الجد وحده أيضا عند أبي حنيفة لأن الجد لأب ترجح على الجد لأم حسب قواعد اجتماع الأصول فقط وهو أن النفقة على الوارث فلا يعتبر الجد لأم موجوداً فيبقى الجد لأب من الأصول ، والأخ من الحواشي ، وأحد النوعين وارث والآخر غير وارث فتكون النفقة على الأصول حسب قاعدة اجتماع الأصول مع الحواشي .

وعند الصاحبين النفقة على الجد لأب والأخ مناصرة حسب الميراث لأن كلا من النوعين وارث بعد استبعاد الجد لأم . وعلى رأيهم يجري العمل في مصر .

الحالة الثالثة وهي اجتماع الفروع والحواشي .

إذا اجتمع المحتاج للنفقة فروع وحواشي توافرت فيهم شروط وجوب النفقة تكون على الفروع فقط لأن العبرة هنا يكون المنفق جزءاً من المنفق عليه ، فتسقط الحواشي بوجود الفروع ويصرف النظر عن القرب والميراث في مجموع النوعين .

فلو كان للمحتاج بنت وأخت فالنفقة على البنت وإن كانت الأخت ثرت مع البنت .

ولو كان له بنت بنت مع الأخت أو الأخ فالنفقة على بنت البنت وإن لم تكن وارثة حتى ولو كانت مخالفة في الدين لمن وجبت له النفقة ، لأنه لا اعتبار للأثر في نفقة الفروع للأصول فإذا تعددت الفروع تطبق القاعدة السابقة فيقدم الأقرب فالأقرب ، وإن تساوا في الدرجة كانت النفقة على الكل بالتساوي لا فرق بين

---

== منزلة الأب بحيث تحقق تنزيهه منزلة الأب صار كما لو كان الأب موجوداً حقيقة لا تشاركه الأم في وجوب النفقة فكذا إذا كان موجوداً حكماً فتجب على الجد فقط ، بخلاف ما لو كان الفقير أم وجد لأب فقط فإن الجد لم يتزل منزلة الأب فوجبت عليهما أُلاناً في ظاهر الرواية .



وارث وغير وارث ولا بين ذكر وأنثى (١) .

فإن كان الفرع في هذه الصورة معسراً ولا يقدر على الكسب وجبت النفقة على الحواشي باعتبار أنصبتهم في الميراث .

فإن كان الفرع في هذه الحالة يحوز كل التركة بفرض معدوماً ليمكن اعتبار الحواشي وارثين وتقسم النفقة عليهم حسب أنصبتهم في الميراث .

فلو كان للفقير ابن معسر عاجز عن الكسب وأخ شقيق وأخوان لأم موسرون نمتبر الابن معدوماً لأنه يحوز كل الميراث فيكون الميراث للأخوة الثلاثة بعد افتراض الابن غير موجود فتجب النفقة عليهم حسب أنصبتهم في الميراث ، فيكون على الأخوين لأم الثلث مناصفة لأن نصيبهم في الميراث ذلك ، وعلى الأخ الشقيق الباقي لأنه يحوز بقية التركة بالتعصيب .

وإن كان الفرع المعسر لا يحوز كل التركة فلا يفرض معدوماً بل تقسم التركة على الفروع والحواشي ويسقط نصيب المعسر ، وتقسم النفقة على الحواشي الوراثين حسب أنصبتهم .

فلو كان له بنت معسرة وأخ شقيق وأخ لأم فلا تفرض البنت معدومة لأنها لا تحوز كل التركة بل ننظر إلى ميراث الأخوين معها فنجد أن البنت تستحق نصف التركة ، وللأخ الشقيق الباقي ولا شيء للأخ لأم لأنه محجوب بالبنت ، فيكون الوارث من الحواشي هو الأخ الشقيق فتجب النفقة عليه وحده لمسر البنت .

---

(١) رد المحتار ج ٢ ص ٧٢٧ .

الحالة الرابعة وهي اجتماع الأصول والقرووع والخواشي .

إذا اجتمعت الأنواع الثلاثة وتوافرت فيهم شروط إيجاب النفقة فلا اعتبار للحواشي لأنهم يسقطون بالفروع كما في الحالة السابقة ، وتكون النفقة على الأصول والفروع وتطبق قاعدة اجتماعهم كما شرحناه في الحالة الأولى من حالات الاجتماع .

وهي أن النفقة تجب على أقربهم دون اعتبار الأثر عند اختلاف درجاتهم، وإن تساوا في الدرجة وجبت النفقة عليهم بنسبة الميراث إلا إذا وجد دليل يرجح وجوبها على أحدهم كما إذا كان للمحتاج أب وابن فإن النفقة تكون على الأب وحده ، أو كان أحدهما وارثا والآخر غير وارث فإن النفقة تكون على الوارث وحده .

هذا إذا كان الأصول والفروع قادرين على النفقة ، أما إذا كانوا غير قادرين عليها فالنفقة تجب على الحواشي في هذه الحالة ونطبق قاعدة الأعصار السابقة . فلو كان المحتاج أم وبنت معسران وجدة لأب وعم وأخ لأم موسرون فالنفقة هنا على العم وحده ، لأن الميراث هنا للأم والبنت والعلم ، أما الجدة فهي محجوبة بالأم ، والأخ لأم محجوب بالبنت لأن الأم والبنت معسران لاحتوزان كل الميراث فلا يفترض عدمهما ، وتقسم التركة على الأم والبنت والعلم ، للأم السدس وللبنات النصف وللعم الباقي .

ولو كان مكان البنت ابن معسر وعاجز عن الكسب يفرض الابن مدموماً لأنه يأخذ بقية التركة بعد نصيب الأم، <sup>وإذا لم يوجد</sup> لو فرض موجوداً لحجب الحواشي والفرض أن الأم معسرة فلا يوجد <sup>من يتفرض</sup> عليها النفقة ، أما الأم فلا تفرض مدمومة لأنها لا تحوز كل التركة .

وإذا فرض الابن معدوماً لا يحجب الأخ لأُم ، ولما لم تفرض الأم معدومة

فتعجب الجدة بها وتصبح المسألة من اجتراح الأصول والحواشي وكلهم ورثة فتكون النفقة عليهم حسب الميراث وقمى الأم لمرها ، وعند تقسيم التركة بين الأم والعلم والأخ لأم يكون للأُم الثلث ، وللأخ لأم السدس ، وللعلم الباقي وهو النصف ، والمسألة من ٦ نسقط منها ٢ نصيب الأم ، ويبقى للعم ٣ وللأخ لأم ١ ، فتقسم النفقة عليهما على الأخ لأم ريمها ، وعلى العلم باقيةا .

تلك هي القواعد التي تقرر على أساسها النفقة للأقارب في المذهب الحنفي وهو المعمول به في مصر وفي المحاكم السنية بلبنان ، وقد رأيت ما فيه من بعض الفرائض لذلك عدل عنه واضعوا مشروع قانون الأحوال الشخصية الجديد في مصر في بعض المسائل إلى المذاهب الأخرى ولعل الله يحدث بعد ذلك أمراً .

وبانتهاه مباحث الكتاب أجدني ملزماً بأن أختتمه كما بدأته بحمد الله الذي أحاط بكل شيء علماً على عونه وتوفيقه . هاتفاً في خشوع « سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا » سائلاً إياه في ضراعة أن يجعله خالصاً لوجهه الكريم . نافعاً لكل من أراد الاستفادة منه حتى يبقى عملي موصولاً إنه أكرم مسئول ، وهو حسبنا ونعم الوكيل .

وصل اللهم على خاتم النبيين وإمام المرسلين ، وعلى آله الأطهار ، وصحبه الأبرار وعلى كل من اقتدى بهم ، وسار على دريهم إلى يوم الدين .

المؤلف



• Utilization of the Al-Azhar Library (GOM).  
Bibliothèque Al-Azhar









